

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EVANDRO VINICIUS LEONEL DOS SANTOS

**DA NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA DOS CRIMES ELEITORAIS:
UMA ABORDAGEM SOBRE O TEMA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL.**

CURITIBA

2015

EVANDRO VINICIUS LEONEL DOS SANTOS

DA NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA DOS CRIMES ELEITORAIS: UMA
ABORDAGEM SOBRE O TEMA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL.

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

CURITIBA

2015

AGRADECIMENTOS

Dizem os sábios que “ao invés de desejar o que não tem, agradeça pelo que possui”. Tal pensamento reflete uma das virtudes do ser humano, bem como um dos princípios de nossa vida, pois sem ninguém, nada somos.

Assim, primeiramente agradeço àqueles que fizeram e fazem tudo por mim, meus amados pais, Beatriz e João, sem os quais eu não estaria aqui realizando este trabalho. Muito obrigado por toda a paciência, amor e dedicação que empreenderam em meu favor, espero que um dia possa retribuir tudo o que recebi de vocês.

Agradeço também a esta banca, mais precisamente às professoras Priscilla Placha Sá e Eneida Desiree Salgado, duas expoentes em suas respectivas áreas de conhecimento. Contudo, devo dedicar um especial agradecimento ao meu orientador, quem também me abriu diversas portas, bem como serviu de inspiração para o meu futuro profissional, Professor Paulo César Busato.

Falando em futuro, não posso me esquecer dos colegas de estágio que tanto me agregaram, seja profissional, seja pessoalmente. Obrigado por estarem comigo por mais de três anos, Alex, Ana Rafaela, Ângelo, Donizete, Érika e Fabiana.

Também tenho que agradecer aos meus grandes amigos da graduação, que sempre estiveram do meu lado, tanto nos bons, quanto nos maus momentos. São poucas as palavras que digo, mas estas exprimem toda a minha consideração por vocês. Obrigado André Sefrin, André Tottene, Eduardo Vianna, Fabrício Alves e Paulo Muzeka.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a ambas as turmas do segundo ano diurno. Muito obrigado pela acolhida e pela paciência, mas sobretudo por me inspirarem em seguir pela carreira acadêmica.

A maioria dos outros pecados dos políticos deriva desse pecado maior – a necessidade de vencer, que é também a necessidade de não perder.

Barack Obama

RESUMO

A legislação sobre crimes eleitorais atualmente é extremamente caótica: há mais de oitenta tipos penais, previstos nos mais diferentes diplomas legislativos. Se este panorama não fosse o suficiente, diversas condutas não possuem mais aplicação prática, além de condutas que não são punidas, evidenciando-se um descaso com a matéria. Visando a alteração deste quadro, o legislador, por meio da PL 236/2012, que versa sobre o anteprojeto do novo Código Penal tipificou quatorze crimes eleitorais em seu texto. Neste trabalho, será abordado primeiramente o conceito de crime eleitoral e sua natureza jurídica, bem como sua atual disciplina legislativa. Após, analisa-se a proposta de atualização dos crimes eleitorais no anteprojeto do Código Penal. Por fim, será debatido se os crimes em questão refletem a missão principal do Direito Penal: a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Palavras-chave: Crimes eleitorais. Anteprojeto do Código Penal. Bem jurídico.

ABSTRACT

Nowadays, the laws about electoral crimes are extremely chaotic: there are more than eighty criminal types, spread among different legal texts. If this panorama wasn't enough, plenty of conducts don't have practical application, while others aren't punished properly, highlighting the disregard for the subject. Aiming the alteration of this scenario, the legislator, by means of the Law Project 236/2012, concerning the draft project of the new Criminal Code, defined fourteen electoral crimes in its text. This work addresses, in the first place, the concept of electoral crime and its juridical nature, as well as its current legal treatment. Afterwards, the updating proposal of the electoral crimes in the Criminal Code's draft project will also be analyzed. Finally, the work will debate if the crimes in question reflect the main mission of Criminal Law: the protection of the most relevant legal interests to the society.

Key words: Electoral crimes.Criminal Code draft project.Legal interests.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O CONCEITO DE CRIME ELEITORAL E SUA NATUREZA JURÍDICA	9
3 BREVE HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES PENAIS ELEITORAIS.	17
4 A ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL ELEITORAL E O PL 236/2012. ...	23
5 DOS CRIMES EM ESPÉCIE.....	28
5.1. INSCRIÇÃO FRAUDULENTA DE ELEITOR.....	28
5.2 RETENÇÃO INDEVIDA DE TÍTULO ELEITORAL	32
5.3 DIVULGAÇÃO DE FATOS INVERÍDICOS	36
5.4 INUTILIZAÇÃO DE PROPAGANDA LEGAL.....	40
5.5 FALSA IDENTIDADE ELEITORAL	42
5.6 VIOLAÇÃO DO SIGILO DE VOTO OU DA URNA	45
5.7 DESTRUIÇÃO DE URNA ELEITORAL.....	48
5.8 INTERFERÊNCIA NA URNA ELETRÔNICA OU SISTEMA DE DADOS.....	49
5.9 FALSIFICAÇÃO DE RESULTADO	52
5.10 CORRUPÇÃO ELEITORAL	54
5.11 COAÇÃO ELEITORAL.....	61
5.12 USO ELEITORAL DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS.....	63
6 DAS MISSÕES DO DIREITO PENAL	68
7 ANÁLISE DOS BENS JURÍDICOS DOS CRIMES PREVISTOS NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL	73
8 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

Não são raras as notícias que versam sobre fraudes nas candidaturas, casos de corrupção eleitoral ou mesmo campanhas que extrapolam todos os limites da liberdade de expressão, divulgando inclusive informações inverídicas de concorrentes. Tais condutas maculam o nosso processo eleitoral, atentando diretamente contra a democracia, uma vez que o eleitorado, muitas vezes, não escolhe de maneira livre seus representantes.

Entretanto, nossa atual legislação encontra-se completamente defasada no combate aos crimes eleitorais, sendo que diversas condutas criminalizadas não apresentam qualquer risco ao processo eleitoral, já outras não são punidas da maneira devida. Esse descompasso com a realidade impõe uma atualização imediata da legislação penal-eleitoral, a qual, num primeiro momento, encontra-se no Projeto-Lei 236/2012, o anteprojeto do novo Código Penal, alvo de severas críticas por parte da academia.

Neste trabalho, será abordada a tratativa dos crimes eleitorais no projeto de novo Código Penal, para tanto, no primeiro ponto serão discutidos o conceito de crime eleitoral, bem como a sua natureza jurídica, ou seja, se as condutas que atentem contra o processo eleitoral podem ou não ser consideradas como crimes políticos. Já no capítulo três será feito um breve excuro histórico de nossa legislação penal-eleitoral. O capítulo quatro abrange uma análise da tramitação do PL 236/2012, seus principais fundamentos e críticas. O quinto capítulo e seus doze subtópicos tratarão dos crimes em espécie, sendo feitas ponderações sobre as redações dos dispositivos e críticas ao tratamento empregado pelo legislador em determinados tipos penais. O capítulo seis se debruçará sobre as principais teorias acerca da missão do Direito Penal, sendo feita a opção pela proteção de bens jurídicos. Por fim, o último capítulo desta monografia irá analisar se os crimes eleitorais previstos no anteprojeto cumprem a missão precípua do Direito Penal.

2 O CONCEITO DE CRIME ELEITORAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

Se levarmos em consideração que a definição de crime apresenta um conceito formal (crime é toda a ação ou omissão proibida em lei, sob ameaça de pena); um material (crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena); e outro analítico (crime é a ação típica, antijurídica e culpável)¹, percebe-se que o conceito de crime eleitoral não se difere substancialmente da definição geral, uma vez que toda conduta ilícita ao processo eleitoral deve ter uma previsão legal, em observância ao mandamento constitucional previsto no art. 5º, XXXIX², que institui o princípio da legalidade, além de ser necessária uma correlação entre a norma incriminadora com um dos bens jurídicos considerados relevantes socialmente, bem como a imposição de que a prática delitiva do agente seja uma ação, típica, antijurídica e culpável.

A doutrina brasileira, ao definir o termo crime eleitoral, acaba por refletir os três conceitos de crime. Assim, para Suzana de Camargo Gomes, “crimes eleitorais são todas aquelas condutas levadas a efeito durante o processo eleitoral e que, por atingirem ou macularem a liberdade do direito de sufrágio, em sua acepção ampla, ou mesmo os serviços e desenvolvimento das atividades eleitorais, a lei as reprimiu, infligindo a seus autores uma pena”³. Conforme leciona Marcus Vinicius Furtado Coêlho, “considera-se crime eleitoral todo fato típico e ilícito praticado em razão do processo eleitoral, com o fim de turbar, desorganizar, fraudar ou, de qualquer modo, prejudicar o seu regular desenvolvimento”⁴.

Destacadas tais definições, importante tecer alguns comentários. Primeiramente, todos os conceitos apresentam um limitador temporal para a configuração de um crime eleitoral: que este ocorra durante o processo eleitoral. Por processo eleitoral, compreendem-se todos os atos realizados entre a preparação e a

¹ Tal definição é adotada por: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269-271.

² XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

⁴ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito Político**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 475.

realização do pleito eleitoral, ou seja, desde os procedimentos que regulam a inscrição de eleitores, a filiação a partidos políticos, o registro de candidatos, a propaganda eleitoral, a votação, até a diplomação dos eleitos⁵. Portanto, condutas praticadas fora do período do processo eleitoral não podem ser consideradas como crimes eleitorais.

Outra importante ressalva que deve ser feita é que não é necessário para a configuração de um ilícito eleitoral que o agente realize o tipo almejando um fim eleitoral⁶. Nesse sentido, o art. 296 do atual Código Eleitoral criminaliza quem “promover desordem que prejudique os trabalhos eleitorais”. Pela leitura do dispositivo, pode-se inferir que nem toda desordem terá uma conotação eleitoral, como nos casos de eleitores embriagados que provocam tumultos nos dias de eleição. O mesmo pode ser afirmado em relação ao crime de corrupção eleitoral passiva, previsto no art. 299 do Código Eleitoral, pois, na maioria dos casos, os eleitores vendem seu voto como forma de subsistência, sendo que a conduta do agente não almeja qualquer fim eleitoral.

Se o conceito de crime eleitoral não apresenta maiores problemas, o mesmo não pode ser dito em relação à sua natureza jurídica. Intensos debates doutrinários e jurisprudenciais ocorreram a fim de determinar se os crimes eleitorais podem ser considerados como crimes políticos ou crimes comuns. Tal celeuma revela-se de grande importância, pois, dependendo de qual posição for adotada, diferentes consequências jurídicas podem ser tomadas em relação aos crimes eleitorais: se estes forem reconhecidos como crimes políticos, estes não podem ser considerados para efeitos de futura reincidência, conforme o disposto no art. 64, II, do Código Penal⁷, tampouco autorizar a extradição de quem os praticar, de acordo com a disposição do art. 77, VII, da Lei 6815/80⁸, por exemplo.

⁵ Nesse sentido, consultar. GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit*, p. 27.

⁶ Consoante a lição de Leonardo Schmitt de Bem e Mariana Garcia Cunha: “(...) Ademais, nem toda conduta exige um fim eleitoral. Aliás, grande parte dos ilícitos comporta só o dolo genérico”. BEM, Leonardo Schmitt de; CUNHA, Mariana Garcia. **Direito Penal eleitoral: análise constitucional dos delitos eleitorais. Comentários à Lei da Ficha Limpa**. 2.ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 33.

⁷ Art. 64. Para efeito de reincidência: II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

⁸ Art. 77. Não se concederá a extradição quando: VII – o fato constituir crime político.

Antes de expor as posições doutrinárias sobre a natureza dos crimes eleitorais, imprescindível abordar o conceito de crime político.

O nosso ordenamento jurídico, diferentemente do italiano⁹, não apresenta um conceito legal de crime político, sendo que a definição mais próxima que temos são os artigos 1º e 2º da Lei 7170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social¹⁰, que é o parâmetro mais utilizado pela jurisprudência pátria:

CRIME POLÍTICO. COMPETÊNCIA. INTRODUÇÃO, NO TERRITÓRIO NACIONAL, DE MUNIÇÃO PRIVATIVA DAS FORÇAS ARMADAS, PRATICADO POR MILITAR DA RESERVA (ARTIGO 12 DA LSN). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO POLÍTICA: CRIME COMUM. PRELIMINARES DE COMPETÊNCIA: 1ª) Os juízes federais são competentes para processar e julgar os crimes políticos e o Supremo Tribunal Federal para julgar os mesmos crimes em segundo grau de jurisdição (CF, artigos 109, IV, e 102, II, b), a despeito do que dispõem os artigos 23, IV, e 6º, III, c, do Regimento Interno, cujas disposições não mais estão previstas na Constituição. 2ª) Incompetência da Justiça Militar: a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe esta competência (artigo 124 e seu par. único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV). 3ª) Se o paciente foi julgado por crime político em primeira instância, esta Corte é competente para o exame da apelação, ainda que reconheça inaplicável a Lei de Segurança Nacional. MÉRITO: 1. **Como a Constituição não define crime político, cabe ao intérprete fazê-lo diante do caso concreto e da lei vigente.** 2. **Só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta esteja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política.** Precedentes. 3. Recurso conhecido e provido, em parte, por seis votos contra cinco, para, assentada a natureza comum do crime, anular a sentença e determinar que outra seja prolatada, observado o Código Penal¹¹. (grifos nossos)

⁹ De acordo com o art. 8º, do Código Penal italiano, “para efeitos da lei penal, é delito político todo delito que ofenda o interesse político do Estado, ou um direito político do cidadão. É igualmente considerado crime político o delito comum determinado, no todo ou em parte, por motivos políticos”. No original: “Art. 8 - Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici”.

¹⁰ Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União. Art. 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I - a motivação e os objetivos do agente; II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.

¹¹ STF - RC: 1468 RJ, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 23/03/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-08-2000. Confirmando tal postura, destacam-se ainda as seguintes decisões: STF - HC: 73451 RJ, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 08/04/1997,

Entretanto, a doutrina apresenta conceitos mais amplos e completos acerca da definição de crimes políticos, sendo que tais concepções podem ser classificadas em três distintas teorias:

- a) teorias objetivas: definem o crime político tendo em vista o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Dessa forma, crimes políticos são aqueles que atentam contra a existência do Estado enquanto organismo político, ameaçando sua organização político-jurídica;
- (...) b) teorias subjetivas: o decisivo é o fim perseguido pelo autor, qualquer que seja a natureza do bem jurídico efetivamente atingido. Assim, não importa que a conduta constitua crime comum: uma vez impulsionada por motivos políticos, tem-se como perfeitamente caracterizado o delito político;
- (...) c) teorias mistas: representam uma combinação das duas teorias expostas, isto é, mesclam na definição de delito político o critério objetivo e o subjetivo. Exigem, de conseguinte, que tanto o bem jurídico atingido como o desiderato do agente sejam de caráter político¹².

Expostos os principais posicionamentos em relação à definição de crime político, os partidários da corrente que consideram os crimes eleitorais como espécie dos crimes políticos sustentam que as condutas lesivas ao processo eleitoral acabam por afligir o Estado, os direitos políticos das pessoas, a legitimidade do sufrágio e do procedimento eleitoral, em suma, as próprias instituições democráticas. Nesse diapasão, sublinha-se a posição de Suzana de Camargo Gomes:

A objetividade jurídica, em se tratando de crimes eleitorais, está expressa no interesse público de proteger a liberdade e legitimidade do sufrágio, o exercício, em suma, dos direitos políticos, de modo a que os pleitos eleitorais sejam realizados dentro da mais completa regularidade e lisura. (...) Resulta, portanto, de todo hialino que a objetividade jurídica, nos crimes eleitorais, está centrada no livre exercício dos direitos políticos, do direito de votar e ser votado, e na garantia de um processo eleitoral legítimo, escoimado de vícios, sem máculas, sendo que o Estado possui total interesse na proteção dessas liberdades públicas, posto que fundamentais para a constituição e pleno desenvolvimento de suas funções institucionais. (...) Assim considerando, não é possível deixar de enquadrar os crimes eleitorais como espécie dos crimes políticos, posto que as condutas

Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06-06-1997, PP. 24868; STF - RC: 1470 PR, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 12/03/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-04-2002 PP-00050.

¹² PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de. **Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual**, p. 04-07. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%EDtico%20e%20terrorismo.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

delituosas atingem justamente as instituições democráticas, desvirtuando-as.¹³

Já no fim da década de cinquenta, Nelson Hungria considerava os crimes eleitorais como subespécie dos crimes políticos: “são dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais. (...) caracteristicamente políticos são os crimes eleitorais. (...) Os crimes eleitorais, exatamente apreciados, são, por consequência, crimes contra o Estado ou contra a ordem política”.¹⁴ Compartilhando o mesmo entendimento, Tito Costa assevera: “o crime eleitoral, conquanto seja também da categoria de crime político, restringe-se às infrações penalmente sancionadas e que dizem respeito, especificamente, às várias e diversas fases da formação do eleitorado e do processo eleitoral. Podemos dizer que crime político é gênero, do qual o crime eleitoral é espécie”¹⁵.

Todavia, há parcela da doutrina que entende que os crimes eleitorais são crimes comuns. Defende tal postura Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

Os crimes eleitorais são comuns. Embora se refiram à lisura e legitimidade das disputas eleitorais, colheita e apuração dos votos e inscrição eleitoral, não são crimes políticos, a não ser em sentido muito amplo. Crimes políticos são aqueles que tutelam a soberania nacional e a segurança institucional do Estado (nos crimes contra a segurança nacional, Lei 7170/83), se constituem em infrações político-administrativas sem contornos de tipicidade penal (os crimes de responsabilidade, Lei 1079/50 e Decreto-Lei 201/67) ou representam invectivas contra opções político-ideológicas. (...) Vê-se que os crimes eleitorais não se subsumem à condição de crimes políticos, pois representam infrações ao modo legal de disputar o poder, mas não vocacionadas para rupturas institucionais. São ilícitos internos ao sistema de escolha de representantes e não externos, posto que o adotam¹⁶.

Apontadas as duas principais correntes sobre a natureza jurídica dos crimes eleitorais, considera-se mais acertada a visão que os classificam como integrantes do rol de crimes comuns.

¹³ GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 36-37.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 187. In: GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁵ COSTA, Tito. **Crimes eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 30.

¹⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14-15.

Tal conclusão deve-se, principalmente, às consequências práticas advindas se os crimes eleitorais fossem equiparados aos crimes políticos. Não considerar uma conduta praticada em detrimento do processo eleitoral para fins de reincidência não parece uma solução adequada. O mesmo deve ser dito em relação à extradição. Para evitar tais contradições, a jurisprudência pátria é categórica em afirmar que os crimes eleitorais não são crimes políticos, como se observa:

Crime Eleitoral. Boca de urna. Autoria e materialidade comprovadas. Crime de mera conduta. Testemunha. Contradita. Dosimetria da pena. **Reincidência. Crime político. Inaplicabilidade.** Pena de multa. Redução. Custas processuais. Isenção. I - O crime de boca de urna não exige resultado naturalístico - convencimento do eleitor a adotar determinada escolha no pleito eleitoral - para sua consumação. Basta ato efetivo de aliciamento do eleitor que objetive influenciar a vontade, inclusive, a mera entrega da propaganda eleitoral no dia da eleição para configuração da conduta típica. Precedentes do TSE. II - A oportunidade de contraditar a testemunha, arguindo circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé, ocorre em audiência, antes de iniciado o depoimento, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Penal, não se podendo, sem autorização normativa, voltar à fase ultrapassada. **III - O crime eleitoral é espécie de crime comum, não se aplicando, para efeitos de reincidência, o artigo 64, II, do Código Penal. Precedentes do STF e TSE.** IV - O quantum aplicável à pena de multa deve observar a situação econômica do réu, devendo ser fixada conforme a capacidade financeira demonstrada nos autos. V - Os processos eleitorais são isentos de pagamento de custas processuais, por força do disposto no artigo 373 do Código Eleitoral c/c artigo 1º da Lei n. 9.265/96. VI - Recurso parcialmente provido¹⁷ (grifos nossos)

EMENTA: RECURSO CRIMINAL - CORRUPÇÃO ELEITORAL - ARTIGO 299, DO CÓDIGO ELEITORAL - PROVA BASTANTE - ERRO DE TIPO NÃO CONFIGURADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - **REINCIDÊNCIA - AGRAVAÇÃO EM 1/6 INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL - CRIME ELEITORAL - CRIME COMUM** - REGIME SEMIABERTO MANTIDO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO DE OFÍCIO - RECURSO DESPROVIDO. 1. O crime de corrupção eleitoral ativa (artigo 299 do Código Eleitoral) consuma-se com a promessa, doação ou oferecimento de bem, dinheiro ou qualquer outra vantagem com o propósito de obter voto ou conseguir abstenção, independentemente do resultado porquanto crime formal. 2. Muito embora a negativa do apelante, a absolvição resta inviável porque a prova coligida evidencia autoria e a materialidade do delito imputado de modo suficiente para sustentar a condenação. 3. A conduta típica se materializou na promessa de vantagem indevida, no período eleitoral, estando presente o dolo pelo especial fim de obter o voto dos pescadores e dos seus familiares para o candidato a vereador a quem o recorrente servia como cabo eleitoral. 4. O erro de tipo se verifica quando o agente representa erroneamente algum dos elementos objetivos do tipo legal e, como excludente de culpabilidade que é, incumbe à defesa o ônus de comprovar a alegação. **5. Crime eleitoral não constitui crime político e, portanto, não se aplica o artigo 64, II, do Código Penal para efeito de reincidência.** 6.

¹⁷ TRE-RO - RC: 198808 RO, Relator: JOÃO ADALBERTO CASTRO ALVES, Data de Publicação: DJE/TRE-RO - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Tomo 116, Data 24/06/2011, Página 10/11.

Comprovada a reincidência, mantém-se a agravação da pena base em 1/6 porque não se revela excessivo. 7. Pela reincidência mantém-se o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (Súmula nº 269/STJ). 8. Atendidos os pressupostos do artigo 44, parágrafo 3º, do Código Penal, cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 9. Recurso desprovido¹⁸. (grifos nossos)

Também não parece acertada a conclusão de que os crimes eleitorais devem ser considerados como crimes políticos em razão da técnica legislativa empregada para tipificá-los: a não previsão destes na legislação comum, o Código Penal, mas sim em legislações esparsas¹⁹. A não tipificação de condutas dentro da legislação ordinária não influencia em nada a natureza jurídica da infração; tal opção somente revela o anseio do legislador em especificar tais condutas em microssistemas distintos, que são frutos da evolução e dinamicidade da sociedade, a qual demanda a proteção de outros bens jurídicos, não tutelados originalmente pelo Código Penal. Ademais, se o fato dos crimes eleitorais estarem disciplinados em diplomas específicos já lhes atribui uma natureza jurídica especial, o mesmo deve ser dito em relação aos crimes de trânsito, de tráfico de entorpecentes, ambientais, etc., o que seria, no mínimo, um contrassenso.

Outro argumento que não procede é de que os crimes eleitorais, em razão dos bens jurídicos que tutelam, devem ser tidos como crimes políticos. Em que pese os crimes eleitorais firam indiretamente os direitos políticos previstos na nossa Constituição Federal, bem como maculam o processo eleitoral, corrompendo o sistema eletivo e, conseqüentemente, a própria democracia, não se pode descurar que tais condutas não atingem o Estado como organização política, mas sim determinados bens jurídicos atinentes à esfera eleitoral, como a higidez do processo eleitoral. Nesse sentido, a lição de José Jairo Gomes:

(...) Os que afirmam que o crime eleitoral é político assentam suas asserções no fato de o Direito Eleitoral cuidar do controle das eleições e do exercício do direito fundamental de sufrágio – e este, em essência, constitui

¹⁸ TRE-PR - PROC: 2943 PR , Relator: ROGÉRIO COELHO, Data de Julgamento: 12/07/2012, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 19/07/2012

¹⁹ Para Fávila Ribeiro: "(...) a inclusão dos crimes eleitorais na esfera de especialização política não é apenas decorrente da atitude assumida pelo legislador pátrio, retirando-os do contexto do Código Penal, fazendo-os inserir em capítulo da codificação eleitoral, é a própria natureza dos crimes eleitorais, afetando diretamente as instituições representativas, estruturas básicas da organização política democrática, que impõe sejam reconhecidos como crimes políticos". In: RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 464.

direito político fundamental. Nessa perspectiva, em razão de a matéria eleitoral ostentar coloração política, o crime eleitoral assumiria a natureza de crime político.

Contudo, em sentido técnico-jurídico, o delito eleitoral não é crime político nem no sentido objetivo, nem subjetivo, tampouco puro ou impuro. Isso porque não ofende o Estado como totalidade orgânica, como organização política fundamental da sociedade, tampouco fere sua conformação político-jurídica ou as condições que o sustentam.

Quem comete crime eleitoral não o faz motivado por elevados sentimentos político-ideológicos, não visa à radical transformação da sociedade nem do Estado. Nenhuma das figuras típicas eleitorais visa coibir a desestruturação ou a desarticulação da organização política do Estado seja do ponto de vista interno, seja do externo. Na verdade, os ilícitos eleitorais visam resguardar bens e valores clara e especificamente definidos em lei, tais como a higidez do processo eleitoral, a listura do alistamento e da formação do corpo eleitoral, princípios como a liberdade do eleitor e do voto, a veracidade da votação e do resultado das eleições, a representatividade do eleito.

Afirmar que um crime é político porque ofende o Estado é incorrer em erro, pois todo e qualquer crime tem a sociedade (juridicamente organizada sob a forma de Estado), como sujeito passivo. Ademais, só o fato de a matéria eleitoral ostentar matiz política não torna seus tipos penais delitos políticos no sentido técnico-jurídico.²⁰

Por fim, o argumento mais relevante que impede que os crimes eleitorais sejam considerados como crimes políticos está na nossa Constituição. O art. 109, IV, da Carta Magna, estabelece que “Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”. Ora, tal dispositivo afasta da Justiça Federal, que é a competente para julgar os crimes políticos, os delitos eleitorais, sendo estes julgados pela Justiça Eleitoral, como prevê o art. 35 do Código Eleitoral: “Compete aos juízes: II - processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais”. Diante disso, impossível considerar os crimes eleitorais como integrantes do rol dos crimes políticos.

²⁰ GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 9.

3 BREVE HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES PENAIS ELEITORAIS.

Desde a Antiguidade, já havia condutas lesivas ao crivo eleitoral, razão pela qual algumas leis foram promulgadas visando coibir tais práticas. Como bem acentuam Vinicius Cordeiro e Anderson Claudino da Silva, “na Roma Republicana, sobretudo nos primórdios desse regime, eram punidos os chamados *ambitus* e o *crimen sodalicio*, isto é, a antiga cabala de votos mediante dinheiro e favores, seja pelos candidatos, ou pelas *sodalicia* – associações políticas organizadas para influir junto às gens, ou tribos romanas, por ocasião dos comícios”²¹. Como resposta a tais condutas, vigoraram durante o Império Romano algumas leis que visavam moralizar o processo eleitoral. Algumas destas são abordadas por Alessandro Garcia Silva:

(...) a *Lex Petelia* (358 a.C), que criminalizava a conduta de aliciamento de eleitores residentes fora de Roma, a *Lex Calpurnia de ambitu* e a *Lex Tullia de ambitu* (67 a.C.), sendo que a primeira punia a corrupção eleitoral por meio da pecúnia e a segunda punia os meios indiretos de corrupção proibindo, por exemplo, a realização de espetáculos de gladiadores nos dois anos anteriores à candidatura, bem como banquetes pagos pelo candidato cominando, além de sanção de inelegibilidade, o exílio do candidato por dez anos.²²

Mesmo com os esforços moralizantes, as eleições romanas continuaram apresentando diversos vícios, que maculavam a sua idoneidade.

Na Idade Média, ainda eram reprimidas algumas condutas que deturpavam as eleições, principalmente a corrupção eleitoral, entretanto, os esforços legislativos nesse período foram basicamente inócuos²³. Foi somente após a Revolução Francesa e com a expansão dos movimentos nacionalistas dos séculos XVIII e XIX que se voltou a dar importância aos crimes eleitorais. Como destacam Cordeiro e

²¹ CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes eleitorais e seu processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 01.

²² SILVA, Alessandro Garcia. **Tutela penal eleitoral: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 04.

²³ Nesse sentido, asseveram Cordeiro e Silva: “Nos séculos 13 e 14, o *ambitus* era, em tese, reprimido nas repúblicas italianas. A historiografia sublinha a corrupção eleitoral praticada nas repúblicas aristocráticas de Veneza e Florença, que suplantaram a existência, até inócua, de tal legislação”. In: CORDEIRO, Vinicius, SILVA, Anderson Claudino da. *Op. cit.*, p. 04.

Silva, “no Código Napoleão, de 1810, seção especial reservou aos chamados ‘crimes e delitos relativos ao exercício dos direitos cívicos’, adotando modelo rapidamente adotado pelo Código Penal Prussiano; de forma similar, foi adotado com algumas modificações nos Códigos belga, holandês, norueguês, chileno, colombiano, entre outros, incluindo-se o Código Criminal Brasileiro de 1830”²⁴. Outro importante marco legislativo nesse período correu na Itália, “que codificou sua legislação eleitoral em 28 de março de 1893, por Decreto-Real, contendo 110 artigos”²⁵.

Atualmente, quase todas as nações tipificam os crimes eleitorais em normatização apartada da legislação penal ordinária, sendo que o processo penal difere-se do comum. Outra preocupação dos legisladores é criminalizar condutas que ferem normas de propaganda eleitoral, que limitem o financiamento de campanhas e o controle dos gastos eleitorais, bem como que coíbam o abuso do poder econômico e político²⁶. Na contramão dessa técnica legislativa, destacamos a Alemanha, que criminaliza boa parte das condutas que afligem o processo eleitoral em seu próprio Código Penal, mais precisamente na Seção Quatro, que versa sobre “fatos puníveis contra órgãos constitucionais, contra as eleições e contra as votações”, nos §§ 107 e 108.

No Brasil, durante a vigência das Ordenações do Reino²⁷ não houve qualquer menção à matéria penal eleitoral, sendo que a primeira referência que temos em relação a tal matéria foi no Título III do Código Criminal do Império, que tratava “Dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos dos cidadãos”, em seus artigos 100 a 106, tendo como penas a prisão, pagamento de

²⁴ CORDEIRO, Vinicius, SILVA, Anderson Claudino da. *Ibid*, p. 06.

²⁵ CORDEIRO, Vinicius, SILVA, Anderson Claudino da. *Ibid*, p. 06.

²⁶ Sobre a criminalização de tais temas, Cordeiro e Silva destacam: “Afinal, em 1971, depois em 1974, a legislação norte-americana adotou o financiamento público de campanha impondo limites aos gastos e contribuições eleitorais, adotando severas penas administrativas e criminais ao seu descumprimento. O Canadá, também em 1974, adotou uma legislação similar para o financiamento de campanha, integrando o *Canada Elections Act*, determinando a transparência e publicidade na contabilidade das contribuições e gastos de campanha – essa legislação pioneira na América do Norte, mais tarde foi também sendo incorporada pelas legislações eleitorais europeias, latino-americanas, chegando ao Brasil somente na década de 90, com previsões infracionais e criminais”. In: CORDEIRO, Vinicius, SILVA, Anderson Claudino da. *Ibid*, p. 11.

²⁷ As Ordenações do Reino consistiam, principalmente, das Ordenações Afonsinas (1500 a 1512), Manuelinas (1512 a 1569), o Código de D. Sebastião (1569-1603) e as Ordenações Filipinas (1603 a 1917).

multa ou a perda do emprego, caso o agente valesse de sua função para a execução da conduta²⁸.

Importante marco legislativo brasileiro em matéria penal eleitoral foi a Lei 3029, de 09 de janeiro de 1881, conhecida como “Lei Saraiva”. Tal estatuto representou, por um lado, um grande avanço na democracia direta, pois previu pela primeira vez em nossa história as eleições diretas; por outro lado, representou um grande retrocesso em representatividade, pois vedou aos analfabetos a capacidade eleitoral²⁹. No tocante às condutas típicas, tal legislação “procedeu a uma regular sistematização dos crimes eleitorais, além de ter trazido condições decisivas para a atuação do Poder Judiciário no processo eleitoral”³⁰. Isso fica evidente por meio da análise do art. 29 da referida lei, que além dos crimes já previstos no Código Penal do Império, estabelecia mais dezesseis condutas típicas.

Essa tendência à elevação do número de condutas típicas foi refletida, basicamente, em todas as legislações eleitorais posteriores. Além do incremento do número de delitos, houve também a majoração das penas. O Código Penal da República, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, tipificava os crimes eleitorais em seus artigos 165 ao 178.

²⁸ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

²⁹ Sobre o processo de exclusão derivado da vedação do direito de voto aos analfabetos, bem como as inúmeras exigências para a comprovação de renda, limitações estas que infelizmente ainda são almejadas por parcela significativa da população que, descontente com os resultados das eleições, pretende retirar o direito de voto da parcela mais carente do país, pontuais os comentários de Michele Leão: “Conservando o censo da Constituição de 1824, à Lei Saraiva ainda foram acrescidas duas medidas de implicações excessivamente excludentes: rigidez dos mecanismos de comprovação da renda; e, a cobrança do saber ler e escrever. Durante o período da reforma eleitoral, constata-se que criou-se uma grande contradição ao exigir-se o saber ler e escrever para o indivíduo ser considerado eleitor em um país onde praticamente não havia escolas para o povo se alfabetizar. O estudo dos discursos que apoiavam a exclusão dos analfabetos do direito de voto nos dois projetos de reforma eleitoral (projeto Sinimbu e projeto Saraiva) permite verificar que a condição de analfabetismo adquire novo sentido ao expressar ignorância, cegueira moral e material, dependência e, por tudo isso, incapacidade eleitoral. Com a Lei Saraiva, o mecanismo de privar o povo de participar das eleições deixou de ser unicamente a pobreza (a renda insuficiente ou a dificuldade de comprovação da mesma); mesmo assim, em 1872 o número de votantes fora superior a um milhão. A reforma eleitoral, avaliada por muitos uma conquista democrática, não conduziu ao alargamento do eleitorado, ao contrário, reduziu de 1.114.066 para 145.000 eleitores, representando 1,5% da população total, ou seja, 1/8 do que era antes. Somente em 1945, o número de eleitores veio a superar o número de votantes de 1872. (Carvalho, 2004, p. 38-40)”. In: LEÃO, Michele. **Lei Saraiva (1881): o analfabetismo é um problema nacional**, p. 09-11. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/929/48>. Acesso em: 11 de janeiro de 2015.

³⁰ PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 24.

Já o nosso primeiro Código eleitoral, Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, além de criar a Justiça Eleitoral e instituir o voto proporcional, secreto e direto, inclusive para as mulheres, em seu art. 107 previa 28 condutas típicas, todas inafiançáveis, de ação penal pública incondicionada, com prazo prescricional fixo em dez anos.

Com o advento da Lei nº 48, de 04 de maio de 1935, estatuto este considerado como um segundo Código Eleitoral, foram previstos trinta e quatro crimes, todos elencados em seu art. 183. A título de comparação, a pena do delito de corrupção eleitoral, no Código Penal da República, era de reclusão de liberdade de três meses a um ano, além da privação dos direitos políticos por dois anos; já nos Códigos Eleitorais supracitados, a reprimenda de tal conduta passou a ser de prisão celular de seis meses a dois anos³¹.

Foi somente com a edição do Código Penal de 1940 é que os crimes eleitorais passaram a ser autônomos da legislação criminal ordinária, pois antes, com a Consolidação das Leis Penais, editada em 1932, havia seção própria para os delitos eleitorais (arts. 165 a 178)³². Assim sendo, coube ao Decreto nº 7586/45 regular os crimes eleitorais, fazendo-o em seu artigo 123, em seus vinte e oito pontos. Já o nosso terceiro Código Eleitoral, ou seja, a Lei nº 1164, de 24 de julho de 1950, voltou a prever trinta e três condutas típicas, inscritas em seu art. 175³³, sendo o pioneiro na criminalização de condutas atinentes à propaganda eleitoral³⁴.

Por fim, em 15 de julho de 1965, foi sancionada a Lei 4737, o atual Código Eleitoral, em plena ditadura militar. É o estatuto que apresenta o maior número de condutas criminosas contra o processo eleitoral, sessenta e cinco, estabelecidas em seus arts. 289 ao 364. A atual legislação inovou ao prever cada tipo penal em dispositivos próprios, contudo, as condutas não apresentam *nomen iuris*. Ademais, não há uma divisão dos delitos em relação aos bens jurídicos tutelados, diferentemente do Código Penal, onde há os “Crimes contra a pessoa”, “Crimes

³¹ Para informações mais detalhadas, consultar: PONTE, Antonio Carlos da. *Ibid*, p.24-30.

³² Esse entendimento é sustentado por: CORDEIRO, Vinicius, SILVA, Anderson Claudino da. *Op. cit*, p. 19.

³³ Mais informações podem ser obtidas em: PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit*, p. 32-34.

³⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Op. cit*, p. 08.

contra o patrimônio”, “Crimes contra a incolumidade pública”, etc³⁵. Além disso, interessante o fato dos comandos secundários não apresentam a pena mínima, técnica legislativa parecida com a codificação penal alemã. Todavia, é certo que o art. 284 do Código Eleitoral normatiza que “Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão”. Ainda no que concerne às penas, os crimes eleitorais podem ser apenados com penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção) e pecuniárias (multas), de maneira cumulada, alternada ou isolada. Diante da previsão de sancionamento exclusivamente por multa, como nos arts. 292, 303, 304, etc., todos do Código Eleitoral, o legislador acabou por equiparar tais condutas a contravenções, se adotarmos o conceito previsto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal³⁶, revelando, assim, uma improbidade técnica da lei. Por fim, cumpre destacar que não estão previstos no Código Eleitoral condutas culposas, e que a ação penal de todas as práticas é pública incondicionada.

Todavia, o nosso ordenamento conhece figuras penais eleitorais fora do Código Eleitoral. Dentre as leis esparsas que preveem crimes eleitorais, destacam-se a Lei nº 6091/74 (art. 11), que regulamenta o fornecimento de transporte e

³⁵ Coube à doutrina fazer uma classificação dos crimes eleitorais previstos no Código Eleitoral. Assim, para Suzana de Camargo Gomes, os crimes eleitorais se dividem em: crimes contra o alistamento eleitoral; crimes contra a fidelidade partidária; crimes contra a administração da Justiça Eleitoral; crimes contra a liberdade eleitoral; crimes contra a igualdade eleitoral; crimes conexos eleitorais. GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 57-58. Já Marcus Vinicius Furtado Coêlho, adotando a proposta de Citadini, concebe os crimes eleitorais como aqueles que afetam: “o alistamento eleitoral; o alistamento partidário; a propaganda eleitoral; a votação; a apuração; o funcionamento do serviço eleitoral”. In: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Op. cit.*, p. 471. A classificação mais aceita pela doutrina, e mais relevante, é a que separa os crimes eleitorais em próprios, ou seja, aqueles que somente são definidos no Código Eleitoral e são praticados somente no campo eleitoral, e os crimes eleitorais impróprios, isto é, as condutas que estão previstas tanto na lei eleitoral, quanto na lei comum, como os crimes contra a honra (arts. 138 ao 145 do Código Penal e arts. 324 a 327 do Código Eleitoral). Tal classificação é relevante, pois se presta a determinar a competência na apreciação dos casos – a competência sempre será da Justiça Eleitoral para julgar crimes eleitorais próprios, já nos casos de crimes eleitorais impróprios, esses só serão submetidos à Justiça Especial se forem cometidos durante o processo eleitoral, caso contrário, são da alçada da Justiça Comum. Explica Marcus Vinicius Furtado Coêlho: “Esclarece-se que os crimes contra a honra, quando configurados, serão da competência da Justiça Eleitoral caso a conduta delitiva tenha acontecido na época do processo eleitoral e com fim eleitoral. Passado o processo eleitoral, serão tipificados como delitos penais comuns”. COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Ibid.*, p. 479. As demais classificações que podem ser aplicadas aos crimes eleitorais são as mesmas aplicadas aos crimes comuns: crimes materiais, formais ou de mera conduta, crimes uni ou plurisubsistentes, etc.

³⁶ Diz o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

alimentação de eleitores no dia da eleição; Lei Complementar nº 64/90 (art. 25), que trata da inelegibilidade de acordo com o art. 14, §9º, da Magna Carta; Lei nº 9504/97 (arts. 33, §4º, 34, §§ 2º e 3º, 39, §5º, 40, 58, §§ 7º e 8º, 68, §2º, etc.), que incluem na ordem jurídica crimes concernentes às pesquisas eleitorais, à propaganda, à apuração de votos, ao sistema eletrônico, à retenção do título, dentre outras³⁷.

Todo esse arcabouço jurídico perfaz um total de oitenta e cinco crimes eleitorais, sendo que alguns têm penas muito elevadas, outros muito brandas, outros criminalizam condutas que não apresentam dignidade penal³⁸. A fim de atualizar o tratamento jurídico desprendido aos delitos eleitorais, tal temática foi abordada pelo Anteprojeto de Código Penal, PL 236/2012, sendo que no seu título destinado aos crimes contra o processo eleitoral estão previstas somente dezesseis condutas. Esse é, com certeza, um dos maiores casos de *abolitio criminis* em nossa história penal, e tal será melhor estudado nos capítulos seguintes.

³⁷ BEM, Leonardo Schmitt, CUNHA, Mariana Garcia. *Op. cit.*, p. 20.

³⁸ Por dignidade penal, a doutrina portuguesa entende a característica que determinados bens jurídicos possuem, qual seja, a grande importância do valor tutelado para o homem ou para a vida em sociedade, justificando-se, assim, sua guarida penal. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias: "(...) Justamente porque a função do direito penal radica na protecção das condições indispensáveis da vida comunitária)e, neste sentido, a sua função é em verdade subsidiária, fragmentária e, *hoc sensu*, 'acessória'), cumpre-lhe seleccionar, dentre os comportamentos em geral ilícitos, aqueles que, de uma perspectiva teleológica, representam um ilícito *digno* de uma sanção de natureza criminal". In: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral, tomo I – questões fundamentais e doutrina geral do crime*. 2.ed. Coimbra Editora, 2012, p. 16.

4 A ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL ELEITORAL E O PL 236/2012.

Mesmo apresentando a maior tratativa aos crimes eleitorais em nossa história, o atual Código Eleitoral encontra-se defasado nessa matéria, uma vez que: tipifica diversas condutas que não possuem ofensividade penal, por exemplo, o crime previsto no art. 306 do Código Eleitoral, que sanciona quem “não observar a ordem em que os eleitores devem ser chamados a votar”; apresenta diversos tipos penais completamente abertos, que ferem o princípio da legalidade, como a previsão do art. 345: “não cumprir a autoridade judiciária, ou qualquer funcionários dos órgãos da Justiça Eleitoral, nos prazos legais, os deveres impostos por este Código, se a infração não estiver sujeita a outra penalidade”; por um lado, não reprime, ou o faz de maneira insuficiente, determinados comportamentos lesivos ao processo eleitoral, tal como o art. 312, que pune somente com detenção de até dois anos, quem “violar ou tentar violar o sigilo de voto”, reprimenda muito branda para um tipo que pretende garantir um direito fundamental, e, por outro, prevê sanções muito graves para práticas com baixa potencialidade aos bens jurídicos eleitorais, vide art. 316, que pune com reclusão de até cinco anos quem “não receber ou não mencionar nas atas da eleição ou da apuração os protestos devidamente formulados ou deixar de remetê-los à instância superior”, uma punição excessiva se levarmos em consideração que o legislador reprime a corrupção eleitoral com uma pena de reclusão de até quatro anos.

Em virtude dessas falhas legislativas, parte da doutrina defende uma ampla revisão dos crimes eleitorais, atualizando-os com o atual panorama social. Nesse sentido, importantes as considerações de Joel J. Cândido, nas quais defende uma ampla reforma da legislação penal eleitoral, com a criação, por exemplo, de tipos culposos em algumas condutas, majoração e minoração de algumas penas, dentre outras inovações:

Algumas reformas e mudanças nos crimes eleitorais, porém, de há muito já se impõe.

No mundo moderno, com o desenvolvimento tecnológico, não se pode fugir e ignorar a ideia de culpa *stricto sensu*, presente em nosso dia a dia. É assim no trânsito, nas profissões cujo desempenho não prescinde de conhecimentos técnicos e não haverá de ser diferente no Direito Eleitoral, mormente agora com a introdução do sistema de informática em diversas fases do processo eleitoral. Alguns comportamentos já estão a merecer censura penal a título de culpa, o que agora inexistente, como nos casos dos arts. 291, 297, 311, 319, 320, 321, todos do Código Eleitoral, entre outros. Novas figuras criminais precisam ser criadas para impedir ou obrigar

comportamentos tendentes a proteger a ordem jurídica e seus valores (por exemplo, impedir, nas campanhas eleitorais, o uso do chamado “Caixa 2”, financiamento não contabilizado e sobre o qual não se presta contas à Justiça Eleitoral). De outra banda, algumas discriminações já se impõem, assim como modificações, em alguns tipos penais, devem ser feitas para atualizar seus tipos e dar uma proteção mais abrangente e eficaz aos bens juridicamente tutelados.

Assim como estão redigidos os arts. 302, 305 e 344 do Código Eleitoral e o art. 25 da Lei Complementar nº 64/1990, entre outros, enfileiram-se como prioritários para serem examinados e repensados por nova legislação, em diversos aspectos. Do mesmo modo, há figuras que podem ser extintas (arts. 338 e 341). Outras, ainda, podem ter a pena reduzida (arts. 316, 352 e 354 e art. 72, I, II e III, da Lei das Eleições), e algumas, a nosso sentir, merecem ter a pena majorada (arts. 296, 349 e 350, por exemplo)³⁹.

Já Antônio Carlos da Ponte defende uma atualização dos crimes eleitorais que leve em consideração os ditames constitucionais, principalmente a fim de que seja construída uma sociedade democrática e justa. Assim, dando especial atenção à corrupção eleitoral, o autor defende quatro providências que devem ser tomadas para a renovação de tal matéria, que são:

No que diz respeito aos crimes eleitorais, quatro providências devem ser adotadas. A primeira delas consiste na revisão crítica de cada um dos crimes eleitorais, buscando identificar se os bens que os tipos penais buscam proteger, poderiam ou não encontrar salvaguarda mais eficaz, desde que passassem a constar unicamente como infrações administrativas na esfera eleitoral. Exemplo: artigos 306, 319, 320, 321 e 336 do Código Eleitoral.

Como segunda providência, alguns crimes eleitorais deveriam ser objeto de ação penal de iniciativa privada, tendo em vista os bens juridicamente tutelados. Isso evitaria que o Ministério Público Eleitoral fosse utilizado em favor ou detrimento de uma dada candidatura, ao simplesmente atentar para o texto legal, durante o processo eleitoral. Exemplo: os crimes contra a honra em matéria eleitoral.

Como terceira medida, (...) alguns crimes eleitorais, como a corrupção eleitoral ativa e os delitos previstos nos artigos 300 e 301 do Código Eleitoral deveriam ter suas respectivas penas privativas de liberdade sensivelmente majoradas, às quais deveriam ser impostas cumulativamente com a suspensão dos direitos políticos do agente, pelo período de até doze anos.

(...) Por fim, a última providência seria inserir a corrupção eleitoral no rol dos crimes que exige a atuação de um Direito Penal voltado ao combate à criminalidade organizada, com as modificações que exigem tal opção⁴⁰.

Por fim, mas não menos importante, foi formada no Senado uma Comissão de Juristas, por meio do ato nº 192 de 2010, a qual se encontra incumbida de elaborar um anteprojeto de Código Eleitoral. No tocante aos crimes eleitorais, tem-se

³⁹ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14.ed. Bauru: Edipro, 2010, p. 278-279.

⁴⁰ PONTE, Antonio Carlos da. *Op. cit.*, p. 176-177.

como coordenador o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido, entretanto, ainda não foi a lume qualquer texto do anteprojeto, impossibilitando a apreciação dos rumos que estão sendo tomados em relação aos delitos eleitorais⁴¹.

Com tais posicionamentos, um movimento cada vez maior de reformulação da legislação eleitoral criminal ganhou voz, sendo que parte de seus anseios foi refletido no PL 236/2012.

O Senador Pedro Taques enviou ao Senado o Requerimento 756/2011, a fim de que fosse formada uma Comissão de Juristas, cuja incumbência seria a criação do anteprojeto do novo Código Penal. Tal Comissão foi liderada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp. Além do iminente Relator, também integraram a Comissão: Maria Thereza Moura, Antonio Nabor Areias Bulhões, Marcelo Leal Lima Oliveira, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Técio Lins e Silva, René Ariel Dotti, Marcelo Leonardo, Gamil Föppel El Hireche, José Munhoz Pinheiro Filho, Tiago Ivo Odon, Juliana Garcia Belloque, Luiz Flávio Gomes, Luiza Nagib Eluf, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e Marcelo André de Azevedo.

Os principais objetivos dessa Comissão seriam a modernização do Código Penal, sendo que isso ocorreria pela unificação da legislação esparsa e pelo exame de constitucionalidade das figuras incriminadoras, descriminalizando-se aquelas incompatíveis com a ordem constitucional, bem como a readequação dos tipos penais mais relevantes, observando os princípios da proporcionalidade, legalidade, culpabilidade e da intervenção mínima. Não é outro o entendimento expresso no Requerimento 756/2011:

De outra feita, o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desencontradas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores⁴².

⁴¹ Para maiores informações acerca da tramitação do anteprojeto do Código Eleitoral, consultar: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114035>. Acesso: 12 de outubro de 2015.

⁴² BRASIL. Senado Federal. Requerimento nº 756 de 2011. Solicita a constituição de Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar projeto de Código Penal adequado aos ditames da Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco. Publicado no Diário do Senado Federal em 17 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=92374&tp=1>>. Acesso em: 16 de julho de 2015.

Após a realização de várias audiências públicas, em 27 de junho de 2012, o trabalho da Comissão foi encerrado, sendo apresentado o Projeto de Lei 236/2012. Tal trabalho foi fruto de inúmeras críticas por parte dos setores acadêmicos, seja pela brevidade das discussões, seja pela ausência de debate público sobre as alterações propostas, além do viés conservador que preponderou nas deliberações⁴³.

Em face das diversas críticas que o anteprojeto estava recebendo, este foi reenviado para a apreciação da Comissão de Constituição e Justiça em 13 de abril de 2015, a fim de que fossem supridos diversos equívocos e incoerências, além de serem analisadas novas propostas, como o aumento na pena do delito de homicídio, a atribuição de caráter hediondo ao crime de corrupção e a criação dos tipos de terrorismo e caixa dois⁴⁴.

Mesmo com os diversos problemas no anteprojeto, que em vários pontos apresenta um retrocesso à dogmática penal, diversas alterações foram propostas em relação aos crimes eleitorais.

Em seu Título XI da Parte Especial, previu dezesseis crimes eleitorais específicos (arts. 326 a 338), além de diversos tipos acidentais, ou seja, aqueles crimes que originalmente ferem outros bens jurídicos, mas em razão do novel do agente, devem ser tidos contra o processo eleitoral, por conta do princípio da

⁴³ Neste ínterim, reveladoras as palavras de Jacson Luiz Zilio: "(...) O projeto de reforma tenta ser democrático, pelo simples fato de realizar enquetes pelo site da Internet do Senado Federal. Ledo engano. Tratando-se de direitos e garantias do cidadão diante do poder de punir, esse recurso mostra-se autoritário e perigoso. Isso se pode ver muito bem em alguns dos resultados das pesquisas empíricas realizadas pelo próprio Senado Federal nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012: a) a redução da maioria penal (PEC 26/2002), 44% concordam com a redução para menos de 16 anos, 30% concordam com a redução para 16 anos e apenas 26% não concordam com a redução, num total de 36.693 votos. (...) Enfim, com isso quero ressaltar que esses resultados brutais, que imprimem um terrorismo penal sem precedentes na recente democracia, são sempre antevistos. Marx talvez chamaria isso de 'falsa consciência de classe', é dizer: o povo tem uma consciência distinta da ordenada por seus próprios interesses. Por fim, chego ao ponto a que queria chegar: o espírito, a ideologia ou o fim-político criminal que se revela nas propostas. (...) No geral, penso que o norte político-criminal da reforma é conservador e reacionário. Em outros tantos aspectos, é nenhum. E em quase nada, é garantista, liberal e transformador. (...) Na parte geral, mantém-se de forma absurda e anacrônica, religiosa e anticientífica a ideia de pena como retribuição da culpabilidade (art. 75). Segue-se mantendo a legítima defesa como há dez mil anos atrás, sem limitações ético-sociais que poderiam resolver os casos problemáticos de violência privada (art. 30). (...)". ZILIO, Jacson Luiz. **Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 239, p. 07-08, out., 2012.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/13/projeto-que-institui-o-novo-codigo-penal-retorna-a-comissao-de-constituicao-e-justica>>. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

especialidade – é nesse sentido a redação do art. 325 do Projeto de Lei: “São considerados crimes eleitorais específicos os que seguem, bem como os crimes contra a honra, a fé pública, a administração pública e da justiça, quando praticados em detrimento da Justiça Eleitoral, de candidatos ou do processo eleitoral”.

A codificação dos crimes eleitorais no ordenamento penal comum é uma bandeira levantada por parte considerável da doutrina, alegando que a unificação enseja uma maior harmonia e sistematização do sistema penal. Assim sendo, para Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

A nosso juízo, toda a legislação penal deveria ser reunida no Código Penal, inclusive a eleitoral. Essa recodificação favorece o conhecimento e aplicação dos dispositivos penais, além de evitar reiteradas dúvidas e debates sobre a adequação típica de determinado fato. Sem falar que a parte geral do Código Penal já funciona para toda a legislação penal que não dispuser de modo diferente (art. 12). Essa providência desencoraja que a lei penal eleitoral tenha um sistema de multas, penas alternativas ou prisionais diverso daquele previsto no Código Penal.

(...) Não procede o argumento de que essa unificação não seria possível em razão de modalidades específicas de pena que seriam previstas nos crimes eleitorais. A única figura criminosa que traz sanção distinta da privação da liberdade ou multa é o art. 334, que fala em cassação do registro do candidato, além de detenção. Essa cassação, todavia, depende do trânsito em julgado da condenação, dificilmente alcançado antes do término do seu mandato⁴⁵.

Mesmo que as figuras típicas previstas no anteprojeto de Código Penal sejam alteradas ou, quiçá, o novo *Codex* nunca encontre a luz, importante a análise da alteração proposta para os crimes eleitorais, pois tal previsão pode servir como norte para uma futura atualização dos mesmos. Esse será o tema do próximo capítulo.

⁴⁵ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Op. cit.*, p. 05-06.

5 DOS CRIMES EM ESPÉCIE

O art. 544 do anteprojeto do Código Penal visa à revogação expressa dos arts. 283 a 355 do Código Eleitoral; do art. 11, da Lei 6.091/74, a qual dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte em dias de eleição aos eleitores residentes nas zonas rurais; o art. 15 da Lei 6996/82, a qual versa sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais; e os arts. 33, §4º, 34, §§ 2º e 3º, 39, §5º, 40, 68, §2º, 72, 87, §4º, 90 e 91, parágrafo único, todos da Lei 9504/97, a lei geral das eleições. Assim, subsistiriam somente as normas incriminadoras, exteriores ao novo Código Penal, previstas no art. 25 da Lei Complementar nº 64/90, lei de inelegibilidades, e art. 57-H, §§ 1º e 2º da Lei 9504/97.

Diante de tamanha supressão, o legislador tratou dos crimes no Título XI da Parte Especial, mais precisamente entre os arts. 325 a 338 do anteprojeto.

Como já visto, o art. 325 é uma cláusula aberta, que remete o intérprete aos diversos crimes contra a honra, a fé pública, a administração pública e da justiça, desde que cometidos em detrimento da Justiça Eleitoral, por/contra candidatos ou no período processo eleitoral. Já os crimes eleitorais próprios seriam aqueles previstos a partir do art. 326, os quais serão melhor estudados.

5.1. INSCRIÇÃO FRAUDULENTA DE ELEITOR

O art. 326 do anteprojeto criminaliza com pena de dois a cinco anos de prisão quem: “inscrever-se eleitor ou alterar o domicílio eleitoral prestando informações falsas, utilizando documento falso ou empregando outra fraude”. Além disso, pune-se com a mesma pena quem induz ou colabora com a conduta do eleitor, de acordo com o parágrafo único do referido dispositivo.

Tal redação revela a preocupação do legislador em condensar diversos crimes atentatórios ao alistamento dos eleitores em uma única norma, pois pune em um mesmo tipo quem se inscreve fraudulentamente como eleitor, como também aquele que induz a fraude e, quiçá, qualquer um que auxilie na burla, condutas estas

sancionadas atualmente nos arts. 289, 290 e 291 do Código Eleitoral, respectivamente⁴⁶.

Todavia, o dispositivo em comento deixou de punir, pelo menos, quatro condutas que são lesivas ao alistamento eleitoral, as quais são criminalizadas nos arts. 292 e 293 da Lei 4737/65 – negar, retardar⁴⁷, perturbar ou impedir a inscrição do eleitor.

Outra importante diferença que merece ser destaca é que o legislador inseriu o núcleo “colaborar”, inexistente na atual legislação eleitoral. Assim, o partícipe da fraude será sancionado da mesma maneira. Tal previsão é desnecessária, haja vista a regra do art. 29 do Código Penal vigente, e art. 38 do anteprojeto, estabelecem que os partícipes serão processados nas mesmas penas do crime cometido pelo autor, observando-se a culpabilidade de cada agente.

Apontadas as diferenças dos dispositivos, percebe-se que não houve outras alterações substanciais na conduta criminalizada, sendo que os autores do anteprojeto foram, inclusive, mais prolixos na redação, uma vez que especificaram que recaem nas penas deste dispositivo o eleitor que se inscreve fraudulentamente, seja alterando o domicílio eleitoral, seja prestando outras informações falsas, como também quem se vale de documento falso ou emprega de outra fraude. Já era consenso doutrinário e jurisprudencial que o falso material ou ideológico, quando utilizados para a inscrição indevida, são crimes-meio do art. 289, não subsistindo, portanto, a condenação pelo delito de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral), nem as referentes aos delitos de falsidade material ou de uso de documento falso (arts. 348, 349 e 353, todos do Código Eleitoral). Neste sentido, a lição de Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco:

⁴⁶ Essa alteração proposta prega um retorno à *teoria monista* do concurso de pessoas, rompendo com a *exceção pluralística ao princípio unitário do concurso de pessoas* que havia entre as condutas do art. 289, 290 e 291 do Código Eleitoral. Para a teoria monista, “(...) o crime praticado por distintas pessoas em conjunto não deixa de ser uno. Portanto, tantos autores quanto partícipes respondem pelo mesmo crime. Não se distingue entre autor, partícipe, instigador, cúmplice, etc., sendo todos coautores do crime”. Entretanto, tal opção revela problemas, pois pune da mesma maneira condutas com desvalor de ação distintas, ferindo-se, em regra, o princípio da culpabilidade. Em razão desta desproporcionalidade, o nosso Código Penal e outras legislações esparsas, em situações excepcionais, repreendem de maneira desigual as condutas dos autores e dos partícipes, como no caso da corrupção passiva e ativa. Estas situações que são conhecidas como exceções pluralísticas ao princípio unitário ao concurso de pessoas. Para maiores informações, consultar: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**, parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 702-705.

⁴⁷ Vale destacar que o art. 292 do Código Eleitoral somente pune a autoridade judiciária que nega ou retarda a inscrição requerida, assim sendo, em um primeiro momento, não haveria a punição por tal conduta de quem fraudulentamente se faz passar pela autoridade competente, tampouco de uma autoridade administrativa.

A fraude constitui elemento normativo do tipo. O legislador declara ser crime “inscrever-se fraudulentamente eleitor”, de modo que não basta inscrever-se o eleitor que, em si, é atividade lícita e necessária para que se possa exercer o direito de votar. O que converte a conduta de lícita para ilícita é o agir fraudulentamente. Significa que para se configurar o crime, exige-se que, de passagem, se cometa fraude. Assim, o crime de falsidade material ou ideológica, como crime-meio pelo qual se deve passar obrigatoriamente, fica absorvido pelo crime-fim.

A fraude pode constituir-se do falso material ou ideológico, através de declaração falsa de residência; da declaração de endereço inexistente; de declinação de profissão falsa; de dupla inscrição. Também a utilização de documento falso para obter o desiderato constitui o crime sob comentário. Portanto, esses comportamentos caracterizam o crime de inscrição fraudulenta de eleitor e não de falsidade ideológica a que se refere o art. 350 do Cód. Eleitoral, posto que o *falsum* constitui crime-meio não punível, sem o qual não se alcança o crime-fim, que é a inscrição objetivada⁴⁸.

Além disso, cumpre destacar que mesmo com a nova redação, ainda serão punidas as fraudes realizadas nos casos de transferência da inscrição eleitoral para outro lugar, no qual o agente não tenha residência. É que, conforme o disposto no art. 55 do Código Eleitoral, nos casos de alteração do domicílio, imprescindível que o eleitor requeira ao juiz competente sua transferência, juntando o título anterior, realize o requerimento no cartório eleitoral do novo domicílio, bem como comprove residência mínima de três meses na nova localidade, esta atestada pela autoridade policial ou comprovada por outros meios. A exigência de tais requisitos configura uma nova inscrição eleitoral. Marino Pazzaglini Filho não discrepa de tal posição:

Assinalo que a falsa declaração de domicílio de eleitor para transferência do título (inscrição eleitoral), também caracteriza a violação da norma penal em exame, pois tal transferência por estar sujeita a exigências legais, dentre elas a declaração de residência mínima de 3 (três) meses no novo domicílio (§1º do art. 55 do CE), implica em nova inscrição eleitoral.

O falso, nesses casos, é o elemento da fraude, o meio necessário para que o eleitor possa alcançar o fim por ele pretendido (a inscrição ou a transferência). Assim, a hipótese se subsume na figura típica em exame e não há que falar em concurso material com o delito de falsidade ideológica do art. 350 do CE⁴⁹.

⁴⁸ STOCO, Rui; STOCO, Leonardo de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada**, doutrina e jurisprudência. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 814.

⁴⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Crimes eleitorais: Código Eleitoral, Lei das Eleições e Lei das Inelegibilidades (Lei da Ficha Limpa). São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

Outrossim, revela-se que com a nova redação, ainda sim o crime em questão será formal⁵⁰, pois a letra do artigo é clara: pune-se quem “inscrever-se eleitor ou alterar o domicílio eleitoral prestando informações falsas, utilizando documento falso ou empregando outra fraude”, e “quem induz ou colabora para a conduta do eleitor”, não sendo necessária a efetiva inscrição do eleitor. Caso o assim quisesse, o legislador teria utilizado o termo “alistar-se”⁵¹, mas como não o fez, a mera apresentação de dados falsos já é apta para a caracterização do delito.

Ademais, importante ressaltar que o novo tipo penal, como o seu predecessor, não exigiu a presença de um elemento subjetivo no cometimento do delito, ou seja, não é necessário que o agente, ao realizar a inscrição fraudulenta, tenha em mente qualquer outra intenção a não ser o próprio ato viciado, a vontade livre e deliberada em realizar a falsificação⁵².

Por fim, já destacadas as semelhanças interpretativas da nova redação com a anterior, importante destacar que o fato de se sancionar o autor da inscrição fraudulenta juntamente com o partícipe pode gerar consequências indesejáveis, principalmente no que diz respeito à pena aplicável. É que, atualmente, o crime de induzimento à inscrição fraudulenta de eleitor é reprimido com pena de até dois anos

⁵⁰ Por crime formal, deve-se entender aquele que se consuma meramente com o comportamento do agente, sem a necessidade de produzir um resultado naturalístico, contudo, ainda sim é realizado um resultado jurídico. Para Cezar Roberto Bitencourt: “O crime formal também descreve um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculi* (ameaça, injúria verbal). Afirma-se que no crime formal o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente, ou, como dizia Hungria, ‘a consumação se antecede ou alheia-se ao *eventus damni*’”. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op.cit*, p. 273.

⁵¹ Como explica Suzana de Camargo Gomes, inscrição e alistamento não podem ser tratados como sinônimos, pois, “o alistamento caracteriza-se como o conjunto de atos tendentes a habilitar a pessoa ao exercício da cidadania, constituindo-se na realidade em um processo, enquanto que a inscrição se apresenta como uma de suas fases. (...) Na verdade, o alistamento compõe-se, primordialmente, de duas fases, na primeira há a formulação e entrega do requerimento, juntamente com os documentos necessários, na segundo, após o exame e diligências necessárias, se procede ao deferimento ou indeferimento do pedido”. In: GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit*, p. 88.

⁵² Mesmo com a ausência de previsão legal de um “dolo específico”, ou melhor, especiais fins de agir ou elementos subjetivos do tipo, ainda sim há diversos julgados que exigem uma motivação especial do autor deste delito. Como exemplo, destaca-se : TRE-PR, Rec.El. 161, classe 3, acórdão 20578, Rel. Juíza Anny Mary Kuss Serrano, DJ 06.08.1996; TRE-MG, RC 1642008, Rel. Juiz Gutemberg da Mota e Silva, DJ 12.09.2009. Contudo, a doutrina é pacífica em exigir somente o dolo genérico para a consumação do delito: “Para ter-se a punibilidade, basta o dolo genérico, ou seja, a vontade dirigida ao fim de obter o registro e consequentemente alistamento e que se possa contra ele fazer um juízo de reprovabilidade e exigir-lhe conduta diversa, não sendo necessário indagar-se para que objetivo busca o agente obter esses status – se para votar neste ou naquele candidato. Portanto, o elemento subjetivo do tipo é o dolo enquanto vontade reprovável”. In: STOCO, Rui; STOCO, Leonardo Oliveira. *Op. cit*, p. 815.

de reclusão, conforme a letra do art. 290 do Código Eleitoral, já no anteprojeto, tal conduta será sancionada com pena de dois a cinco anos de prisão, obstando-se, assim, a concessão de diversos institutos despenalizantes, como a suspensão condicional do processo e a transação penal⁵³.

5.2 RETENÇÃO INDEVIDA DE TÍTULO ELEITORAL

O art. 328 do anteprojeto criminaliza a retenção indevida do título eleitoral nos seguintes termos: “Reter título eleitoral contra a vontade do eleitor”. Essa redação é igual a do atual art. 295 do Código Eleitoral, mantendo-se a natureza de crime formal, contudo houve um significativo aumento no preceito sancionador, passando-se a punir com pena de um a três anos de prisão uma conduta que hoje é repreendida com detenção de até dois meses e pagamento de 60 a 90 dias-multa.

Vale destacar que, ainda como é hoje, é necessário para a configuração do tipo penal que a retenção ocorra contra a vontade da vítima, ou seja, o consentimento apresenta-se como uma permissão fraca, apta a afastar a ilicitude da conduta.

Contudo, também é importante frisar que há situações em que pode ocorrer a subtração do documento contra a vontade do eleitor, e mesmo assim não caracterizar-se o delito. Tal hipótese é aventada por Marcos Ramayana:

A retenção é ato criminoso, exceto se ocorrer fundada suspeita de falsidade do título eleitoral apresentado ao mesário ou servidor apto a habilitar o eleitor a votar. O juiz eleitoral de forma fundamentada poderá apreender o título eleitoral falsificado e encaminhar ao promotor eleitoral para a adoção das providências legais cabíveis, como oferecer denúncia, ou instaurar inquérito. Aplica-se a regra do art. 40 do Código de Processo Penal⁵⁴.

⁵³ Acerca da possibilidade de aplicação dos instrumentos despenalizadores previstos na Lei 9099/95, importante a lição de Suzana de Camargo Gomes: “No âmbito da Justiça Eleitoral inexistem Juizados Especiais criminais com estrutura definida pela Lei 9099/95 e pela Lei 10259/2001, ou seja, providos por juízes togados e leigos, ou somente togados, mas isto não afasta a aplicação das regras estatuídas nesses textos legais pelos juízes eleitorais, até porque a finalidade dessas leis foi a de apresentar alternativas ao confinamento dos infratores no cárcere, afastando, assim, da prisão aquelas pessoas que tenham cometido infrações mais leves, de menor lesividade social. (...) Ademais, convém realçar que uma das conclusões da Comissão Nacional para a interpretação da Lei 9099/1995, presidida pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, foi no sentido de que ‘são aplicáveis pelos juízos comuns (estadual e federal), militar e eleitoral, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada, os institutos penais da Lei 9099/1995, como composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único), transação (arts. 72 e 76), representação (art. 88) e suspensão condicional do processo’”. In: CAMARGO, Suzana Gomes de. *Op. cit.*, p. 77-78.

⁵⁴ RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 13.ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 793.

A tipificação desta conduta tem uma razão histórica. Como destaca Fávila Ribeiro, anteriormente era comum a retenção do título eleitoral da população por parte dos coronéis, como forma de intimidação na hora do voto:

Era hábito dos dirigentes políticos conservarem os títulos de seus parentes, agregados e das pessoas cujo alistamento patrocinavam. Com a detenção do título assegurava-se a continuidade do vínculo de dependência, levando a cada eleitor, à véspera ou no próprio momento do pleito, antes de dirigir-se à seção eleitoral, fosse pessoalmente receber as cédulas dos candidatos que deveriam ser sufragados⁵⁵.

Todavia, com a promulgação do art. 91-A, da Lei 9504/97⁵⁶ e com o julgamento da ADI 4467⁵⁷, a retenção unicamente do título de eleitor perdeu grande parte de sua força intimidatória, pois agora é possível que o eleitor vote somente munido com um documento com foto, medida esta que visa coibir fraudes no momento da votação. Assim, lamentavelmente, vem se tornando corriqueiros casos

⁵⁵ RIBEIRO, Fávila. *Op. cit.*, p. 655.

⁵⁶ Art. 91-A. No momento da votação, além da exibição do respectivo título, o eleitor deverá apresentar documento de identificação com fotografia.

⁵⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 91-A, CAPUT, DA LEI 9.504, DE 30.9.1997, INSERIDO PELA LEI 12.034, DE 29.9.2009. ART. 47, § 1º, DA RESOLUÇÃO 23.218, DE 2.3.2010, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. OBRIGATORIEDADE DA EXIBIÇÃO CONCOMITANTE, NO MOMENTO DA VOTAÇÃO, DO TÍTULO ELEITORAL E DE DOCUMENTO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO COM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DO LIVRE EXERCÍCIO DA SOBERANIA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERIGO NA DEMORA CONSUBSTANCIADO NA IMINÊNCIA DAS ELEIÇÕES GERAIS MARCADAS PARA O DIA 3 DE OUTUBRO DE 2010. (...) 2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. A postergação do implemento de projetos como a unificação das identidades civil e eleitoral num só documento propiciou, até os dias atuais, a ocorrência de inúmeras fraudes ligadas ao exercício do voto. 3. A apresentação do atual título de eleitor, por si só, já não oferece qualquer garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado. Por outro lado, as experiências das últimas eleições realizadas no Brasil demonstraram uma maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade dotados de fotografia, a saber: as carteiras de identidade, de trabalho e de motorista, o certificado de reservista e o passaporte. 4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto. (...). 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto. (ADI 4467 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 31-05-2011 PUBLIC 01-06-2011 RTJ VOL-00221- PP-00356).

em que não apenas o título é subtraído, como também todos os documentos do eleitor⁵⁸, ação esta que não pode ser inteiramente punida pelo tipo penal em comento, em razão do princípio da legalidade.

Com a prescindibilidade de apresentação do título de eleitor no momento do voto, questiona-se a lesividade do presente delito, pois o direito ao voto estaria preservado com a mera apresentação de documento com foto⁵⁹. Não é possível compartilhar desse entendimento por duas razões.

Primeiro, porque a norma não tutela o direito ao voto, mas sim o direito do cidadão em portar o seu título de eleitor. Para Suzana de Camargo Gomes:

É que a proteção dada pela norma penal, na hipótese, não se circunscreve ao exercício do direito ao voto, mas tem um alcance maior, posto resguardar o direito do eleitor de portar seu título eleitoral, documento evidenciador de sua condição de integrante do corpo eleitoral e de, assim, fazer o uso respectivo, independentemente do fim a que se destina a utilização do documento⁶⁰.

Arrematam esse entendimento Leonardo Schmitt de Bem e Mariana Garcia da Cunha:

Isso porque o bem jurídico tutelado pela incriminação é o direito do eleitor à posse dos seus documentos. Qualquer resultado negativo que decorra da retenção do título deverá ser analisada por outros dispositivos. O presente preceito limita-se a proteger a posse do título. Votar ou não é irrelevante para a consumação do delito⁶¹.

Em segundo lugar, tal documento é extrema importância prática, pois é de praxe exigir a apresentação do título de eleitor para concorrer a cargos públicos,

⁵⁸ Nesse sentido: BEM, Leonardo Schmitt de; CUNHA, Mariana Garcia. *Op. cit.*, p.67-68

⁵⁹ Assim, para Sebastião Oscar Feltrin: “Depois de regularmente alistado, o eleitor recebe o seu título eleitoral e que o habilita ao exercício do voto. E para a garantia do exercício desse direito, a lei assegura o seu porte livre, punindo criminalmente todo aquele que o retenha sem justificativa legal e contra a vontade do eleitor. Essa, portanto, a sua objetividade jurídica”. Ainda, para o referido autor, o crime em questão não se consumaria se, mesmo com a retenção do título, o eleitor conseguisse votar: “(...) Ora, se a lei visa resguardar o exercício ao voto, crime eleitoral não há quando o eleitor, mesmo com o título retido, consegue votar. Nesse caso, não há mais que se falar no crime eleitoral do art.295, mas tão somente na contravenção de que trata a Lei 5553/68”. In: FELTRIN, Sebastião Oscar. **Crimes eleitorais. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**, vol. 1. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1534-1535.

⁶⁰ GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 113.

⁶¹ BEM, Leonardo Schmitt de; CUNHA, Mariana Garcia. *Op. cit.*, p.69.

para a validação do CPF, para a expedição de passaporte, para efeitos de registro de candidatura, para o ajuizamento de ação popular⁶², etc. No entanto, o título de eleitor não tem somente importância prática, mas, sobretudo, cívica e constitucional, pois é somente com tal instrumento que o indivíduo ganha o status de cidadão, podendo fazer gozo dos direitos políticos previstos na Constituição. Sobre tal tema, relevante a contribuição de José Afonso da Silva:

Os direitos de cidadania adquirem-se mediante alistamento eleitoral na forma da Lei. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição da pessoa como eleitor perante a Justiça Eleitoral.
(...) Pode-se dizer, então, que a cidadania se adquire com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do título de eleitor válido. O eleitor é cidadão, é titular da cidadania⁶³.

Diante desses fatos, correta a opção feita pelo legislador do anteprojeto em manter tal incriminação, em razão dos efeitos perversos que a subtração do título de eleitor pode ocasionar ao cidadão.

Por derradeiro, cumpre destacar que com a nova tipificação, põe-se fim à discussão se o art. 295 tinha como sujeito passivo qualquer pessoa, exceto os serventuários da Justiça Eleitoral responsáveis pela entrega do título de eleitor⁶⁴, pois o art. 544 do anteprojeto revogou expressamente o parágrafo único do art. 91 da Lei 9504/97, logo, percebe-se que o legislador pretendeu punir tanto o cidadão comum, quanto o servidor público pela retenção do título de eleitor no mesmo dispositivo legal.

⁶² Dentro os elementos para o ajuizamento da ação popular, é necessário que o autor comprove a sua situação de cidadão, sendo isto feito pela apresentação do título eleitoral, como prevê o §3º, do art. 1º da Lei 4717/65.

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed.São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350-351.

⁶⁴ Suzana de Camargo Gomes ao analisar os tipos penais do art. 295 do Código Eleitoral e o parágrafo único do art. 91 da Lei 9504/97, entende que o primeiro não pode ter como sujeito ativo os serventuários da Justiça Eleitoral, pois estes só podem ser punidos pela última figura. Em razão desta dicotomia, a autoria defende que não houve a revogação tácita do art. 295 pelo crime da lei extravagante. Para maiores informações, consultar: GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p.111-112.

5.3 DIVULGAÇÃO DE FATOS INVERÍDICOS

Talvez o presente delito seja um dos mais rotineiros da lide forense eleitoral, sendo um dos que mais repercutem no âmbito popular, tendo em vista a grande leva de acusações feitas por candidatos durante o pleito eleitoral sobre divulgação de fatos inverídicos por seus opositores⁶⁵.

É natural que haja intensa regulamentação da propaganda eleitoral, pois esta hoje, mais do que nunca, é o que define o resultado de uma eleição. Vide as campanhas milionárias que fizeram parte de nossa realidade em 2014, na qual o debate político deu lugar à superproduções cinematográficas, com a participação de artistas e cantores; *jingles* seduzentes substituindo a troca de ideias; *outdoors* e *banners* ao invés de um projeto de governo. Todo esse marketing deturpa o sentido de uma eleição, fomentando a despolitização do eleitorado, que se vê atraído não no candidato que representa o melhor ideal em relação ao seu ponto de vista, mas sim aquele que possui a campanha mais atrativa em termos publicitários⁶⁶.

Além de colocar em segundo plano o debate ideológico, importante destacar que nem todos os concorrentes do escrutínio têm a possibilidade de fazer tamanhas campanhas publicitárias, encontrando-se em desvantagem em relação aos demais. Tal situação configura uma flagrante afronta ao princípio da igualdade na disputa eleitoral, como destaca Sidney Pessoa Madruga:

⁶⁵ Contudo, vale destacar que a maioria dos casos noticiados pela mídia não se trata do presente crime, mas sim de propagandas que de alguma maneira ridicularizam ou degradam a imagem de candidatos, sendo tais publicações punidas administrativamente, principalmente com a perda do horário eleitoral. Assim prevê o art. 53 da Lei 9504/97: Art. 53. Não serão admitidos cortes instantâneos ou qualquer tipo de censura prévia nos programas eleitorais gratuitos. § 1º É vedada a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sujeitando-se o partido ou coligação infratores à perda do direito à veiculação de propaganda no horário eleitoral gratuito do dia seguinte.

⁶⁶ Em relação ao problema do intenso marketing das campanhas eleitorais e como isto afeta negativamente os debates políticos, a lição de Eneida Desiree Salgado é essencial: “As propagandas eleitorais a partir dos meios de comunicação de massa formaram a figura do ‘candidato sabão e pó’ e a do eleitor-consumidor. (...) Ressalta Carlos Santiago Nino que a democracia não se fortalece com campanhas eleitorais de cunho comercial; ao contrário, enfraquece-se pelo apelo à irracionalidade e pelos altos custos, usualmente suportados por interesses privados, que afastam do debate os candidatos sem recursos e seus argumentos. (...) A organização das campanhas em torno de mensagens publicitárias, de apelo fácil com slogans retóricos, não corresponde à ‘*garantía de un proceso comunicativo respetuoso con la libertad de la formación de la decisión de los electores*’. Ao contrário, faz com que os cidadãos se vinculem mais à imagem que ao conteúdo das mensagens, sem se concentrarem no valor intrínseco dos ‘produtos’ que buscam atrair a sua preferência, conforme aponta José Luis Veja Carballo. Há um processo de escolha política sem que haja a formação de uma opinião pública, sem que o eleitor ‘seja capaz de participar de decisões efetivas ou até mesmo de participar’”. In: SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 205-207.

Nesse cenário, sobrepõe a proliferação de mensagens que, em período proscrito, malgrado cada vez menos desprovidas de elementos que possibilitem a caracterização de sua ilicitude, logram alcançar o inconsciente do eleitor, antecipando estado mental favorável ao candidato beneficiado, em flagrante banalização do processo democrático!

Essa prática, a toda evidência, provoca desmedido prejuízo ao equilíbrio do pleito e é reprovável sob todos os aspectos, ainda mais quando perpetrada por pretense candidato (pré-candidato) com forte penetração popular, alcançada por meio da utilização dos meios de comunicação que, de mais a mais, possuem aptidão para servir dissimuladamente às práticas ilícitas.

(...) Deve-se destacar, outrossim, que a perseguida paridade de armas que a legislação eleitoral visa garantir constitui objetivo que se revela cada vez menos alcançável; pois, em todos os pleitos, certos candidatos possuidores de domínio sobre meios de comunicação, sejam televisivos, escritos ou radiofônicos, terminam por agitar instrumentos para, de forma ilegítima, abalar o equilíbrio da disputa em seu benefício⁶⁷.

Mesmo com todas estas mazelas, a espetacularização das eleições ainda é regra, sendo que a legislação eleitoral atua de maneira tênue para coibir o abuso do poder econômico nas eleições, permitindo que o escrutínio seja desigual entre os concorrentes. Discute-se que uma solução possível a tal problema seria a vedação do financiamento privado das campanhas eleitorais, tema de extrema relevância que, infelizmente, não pode ser mais debatido neste trabalho, em razão de sua complexidade.

Todavia, a questão da paridade e legitimidade das campanhas eleitorais não passou totalmente despercebida por nosso legislador, sendo que o anteprojeto tipifica em seu art. 328, com pena de dois a quatro anos, quem “divulgar, na propaganda eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”. Além disso, o legislador estabeleceu que, “a pena é agravada de um terço até a metade se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão”.

Em que pese a semelhança na redação com o crime previsto atualmente no art. 323 do Código Eleitoral, o incremento da palavra “eleitoral” juntamente à propaganda, reduziu em muito o escopo de proteção da norma. Atualmente, a norma penal pretende resguardar toda e qualquer propaganda política, que engloba a propaganda eleitoral, partidária e a intrapartidária. Conforme a lição de José Jairo Gomes:

⁶⁷ MADRUGA, Sidney Pessoa. Propaganda eleitoral, espécies: propaganda antecipada e propaganda na internet. In: **Temas de direito eleitoral no século XXI**. André de Carvalho Ramos (coord.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012, p. 361-362.

Destacam-se entre as formas de comunicação política, as propagandas eleitoral, partidária e intrapartidária.

Denomina-se eleitoral a propaganda elaborada por partidos políticos e candidatos com a finalidade de captar votos do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo. Caracteriza-se por levar ao conhecimento do público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, a candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa.

(...) A seu turno, chama-se propaganda partidária a destinada a divulgar o programa, os projetos e o ideário do partido político. É o meio pelo qual a agremiação se comunica com a comunidade, não com vistas à imediata captação de votos, mas a fim de se dar a conhecer, expor seus projetos e sua atuação.

Já a intrapartidária é endereçada aos conveniados do partido por ocasião da escolha de filiados que disputarão as eleições (i.e., dos candidatos); somente pode ser realizada nos 15 dias anteriores à data marcada para a convenção do partido.

(...) O termo propaganda é usado em seu sentido genérico, não sendo especificada a espécie a que se refere. A ausência de determinação legal revela que a conduta não se restringe ao âmbito da propaganda eleitoral, abrangendo as demais espécies aludidas, a saber: partidária, intrapartidária e extemporânea ou antecipada⁶⁸.

Questiona-se a opção do legislador, pois se o objetivo da norma é a “veracidade e autenticidade da propaganda política”⁶⁹, visando salvaguardar os eleitores “contra métodos falsos de induzimento e persuasão, que possam levá-los à adoção de comportamentos distorcidos no que tange ao processo de escolha de candidatos e partidos”⁷⁰, não parece a melhor opção restringir o alcance da incriminação.

Feita essa ressalva, portanto, o crime previsto no anteprojeto só visa tutelar a campanha eleitoral, sendo esta a que ocorre após o dia 15 de agosto do ano da eleição, conforme a nova redação dada pela Lei 13165/15 ao art. 36, da Lei 9504/97.

Além disso, desconsiderando-se os acréscimos provenientes na pena, tanto na figura simples, quanto na majorada⁷¹, outro ponto criticável na mudança foi a omissão do legislador em não prever a propaganda realizada pela internet como apta a ensejar a majoração da pena. É que o parágrafo único do art. 328 do

⁶⁸ GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, p. 98-100.

⁶⁹ BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. *Op. cit.*, p. 180.

⁷⁰ GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 142.

⁷¹ A pena do atual crime de divulgação de fatos inverídicos é de detenção de dois meses a um ano, podendo esta ser agravada em um quinto a um terço. Com a nova redação, a pena passa a ser de prisão de dois a quatro anos, sendo que a sanção pode ser majorada de um terço até a metade, caso a veiculação das informações falaciosas ocorra por imprensa, televisão ou rádio.

anteprojeto manteve os três meios de comunicação já previstos pelo diploma anterior, sem a inserção da mídia virtual, revelando-se um evidente anacronismo por parte do Legislativo⁷².

Destacadas as alterações, o tipo legal apresenta elementos normativos semelhantes, bem como os sujeitos do crime. Assim, o crime continua sendo formal, pois prescinde a efetiva deturpação da opinião popular acerca do candidato, consumando-se o delito com a mera divulgação dos fatos inverídicos por meio da propaganda eleitoral. Todavia, imprescindível para a configuração da conduta que o sujeito ativo, que pode ser qualquer pessoa, uma vez que a norma não particulariza a figura do infrator, tenha ciência das inverdades propaladas.

Ademais, não é qualquer informação falsa que venha a ser difundida pela propaganda eleitoral pode ser considerada eficaz para a configuração do delito – esta deve ser potencialmente capaz a ensejar uma comoção social que venha a influenciar a opinião do eleitorado em relação ao candidato atingido pela propaganda irregular. Tal opção do legislador revela que o crime em comento é de perigo concreto⁷³, uma vez que é elemento indispensável para a configuração do tipo, que os fatos divulgados possam exercer influência sobre o eleitorado, devendo esta, segundo Marcos Ramayana, ser auferida por pesquisas eleitorais, pois “(...) a presunção não é suficiente para um decreto condenatório. (...) o crime será sempre

⁷² A expansão do uso da internet nas campanhas eleitorais é uma tendência do novo século. Vide a propaganda eleitoral do Presidente estadunidense Barack Obama em 2008, a qual captou mais de US\$ 500 milhões, valor este proveniente da doação de mais de 3.2 milhões de pessoas. Aqui no país, tal fenômeno foi percebido nas eleições de 2014, sendo que os candidatos inundaram as redes sociais com publicidade. Para maiores informações, consultar: <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/05/avanco-da-internet-condiciona-campanha-de-presidenciais.html>>. Acesso em 29 de setembro de 2015.

⁷³ A distinção entre crimes de perigo concreto e perigo abstrato é um dos temas mais tortuosos no direito penal moderno. Segundo Fernando Galvão, “Os denominados crimes de perigo são aqueles cuja descrição típica não exige a ocorrência de qualquer ofensa ao bem juridicamente protegido. Nesses casos, a incriminação consolida-se antes mesmo da ocorrência do dano, com a simples exposição do bem à situação de perigo. Para a satisfação dos requisitos objetivos do tipo, basta a violação da norma que pretende proteger o bem jurídico da situação de perigo”. Passando à classificação dos crimes de perigo, o referido penalista classifica como, “(...) crimes de perigo concreto aqueles em que a descrição típica exige a efetiva ocorrência da situação fática de aumento das chances de lesão ao bem jurídico. O perigo é dito concreto porque constitui um dado objetivo da realidade material. A descrição típica do perigo concreto deixa clara a necessidade de comprovação fática de exposição do bem jurídico ao aumento das chances de sua lesão”. Por outro lado, segundo o autor, nos crimes de perigo abstrato, “(...) a situação de perigo é presumida pelo legislador e a descrição típica não exige a comprovação da situação fática de aumento das chances da ocorrência do dano. O legislador, com base na experiência ordinária da vida social, presume haver perigo na realização de determinada conduta e a proíbe utilizando do tipo penal”. In: GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, parte geral**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 824-825.

sujeito a uma tipicidade aberta, que dependerá de uma rigorosa investigação pelo juiz quanto à ‘capacidade de influência’”⁷⁴.

Por fim, sobre os fatos falsos divulgados, a doutrina entende que estes não precisam denegrir a imagem de um opositor. É plenamente possível que a figura em comento se consolide com a difusão de fatos que enalteçam determinado político, desde, por óbvio, que tenham a capacidade de influenciar o eleitorado a votar no candidato⁷⁵.

5.4 INUTILIZAÇÃO DE PROPAGANDA LEGAL

Conforme o art. 329 do anteprojeto, é sancionado com prisão de um a dois anos quem “inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado”. A tipificação é exatamente a mesma da prevista no art. 331 do Código Eleitoral, contudo a reprimenda é sensivelmente maior – hoje, tal prática é punida com detenção de até seis meses ou pagamento de 90 a 120 dias-multa, acréscimo de pena totalmente desproporcional e em flagrante dissonância à lesividade da conduta.

O legislador não se atentou ao conceito de publicidade empregado no tipo antecedente, sendo que neste crime, ao não especificar que modalidade de propaganda está sendo resguardada (eleitoral, partidária ou intrapartidária), evidenciando-se uma clara ausência de uniformidade dos bens jurídicos tutelados, pois se no dispositivo anterior somente buscava-se a preservação da propaganda eleitoral, neste protege-se também a propaganda partidária e intrapartidária.

Como se observa pelos núcleos do tipo, percebe-se que o delito em questão é material, pois é imprescindível a ocorrência de resultado naturalístico para a caracterização do crime. Ademais, tal crime é de ação múltipla, misto alternativo ou

⁷⁴ RAMAYANA, Marcos. *Op. cit.*, p. 838.

⁷⁵ Nesse sentido, a lição de Suzana de Camargo Gomes: “(...) Assim, para efeito do crime em consideração, não importa tenha sido a conduta de divulgar fatos inverídicos levada a efeito para o fim de beneficiar determinado candidato ou partido ou para prejudicá-los, a ilicitude repousa na difusão dos fatos falsos, mendazes, irreais, com aptidão de influenciar o eleitorado, pois, em qualquer uma dessas hipóteses, o que se depara é com uma propaganda enganosa”. In: GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 144.

de conteúdo variável, uma vez que o tipo penal abrange diversas condutas, todavia, se o agente executar mais de uma destas, haverá somente um único crime⁷⁶.

Ponto importante em relação a tal crime é que somente a propaganda considerada regular é amparada pela norma penal, pois “(...) o preceito inclui como elemento que integra o tipo a expressão ‘devidamente’, ou seja, impõe – para a caracterização do delito – que o meio empregado pela vítima na propaganda tenha sido legítimo e permitido para que possa receber a proteção legal”⁷⁷. Diante desta constatação, o meio de propaganda que não obedece às regulamentações legais, como, por exemplo, o momento adequado para a divulgação ou o local destinado à fixação, deve ser considerada irregular, carecendo de tutela penal, pois.

Por fim, importante sublinhar que tal conduta, como qualquer outra, deve receber um recorte do princípio da intervenção mínima, o qual será explorado na terceira parte deste trabalho. Contudo, desde já é possível fazer breves apontamentos sobre tal princípio. Não é qualquer ato de vandalismo ou de modificação contra uma propaganda eleitoral pode ser considerado idôneo para a caracterização do crime, mas somente aqueles que efetivamente ocasionaram um prejuízo à liberdade de pensamento ou de expressão. Conforme a jurisprudência catarinense:

RECURSO - CRIME ELEITORAL - PERTURBAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL - INFRAÇÃO DO ART. 331 DO CÓDIGO ELEITORAL - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PROVIMENTO. - As especificidades do caso, considerando-se a ação isolada do réu e os atos posteriores, demonstram que se trata, *in casu*, de uma conduta irrelevante, que não expressa valoração digna da tutela penal. Aplicação do princípio da insignificância jurídica, a amparar a ausência de justa causa para a condenação penal. Provido o recurso interposto contra sentença penal condenatória proferida pelo Juízo de primeiro grau, para absolver o recorrente⁷⁸.

Assim, entende-se que não devam ser punidas ações que firam de maneira insignificante o bem jurídico tutelado pela norma penal, a liberdade da propaganda eleitoral legítima, pois, se assim não fosse, seria aberto precedente para prisões

⁷⁶ Tal definição é adotada por Cezar Roberto Bitencourt, como se observa em: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 276.

⁷⁷ STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. *Op. cit.*, p. 846.

⁷⁸ TRE-SC - PCIME: 488 SC , Relator: RODRIGO ROBERTO DA SILVA, Data de Julgamento: 30/06/2004, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 08/07/2004, Página 164

arbitrárias e desarrazoadas, que em nada contribuiriam para a salvaguarda do valor tutelado pelo tipo penal.

5.5 FALSA IDENTIDADE ELEITORAL

O art. 14, *caput*, de nossa Constituição Federal estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei”. Por “valor igual”, nosso legislador pretende que o voto de cada um dos eleitores influencie de maneira homogênea a eleição⁷⁹, ou seja, que possuam o mesmo peso na escolha de seus representantes, sistema este que se contrapõe aos ditos desiguais⁸⁰.

Em face do princípio da igualdade ser uma das características essenciais do voto no direito brasileiro, imprescindível que tal direito seja personalíssimo, quer dizer, que o exercício do voto somente possa ser realizado pelo eleitor. Do contrário, haveria chances de que o encarregado não escolhesse o candidato desejado pelo eleitor, mas sim o de sua preferência, o que desvirtuaria na igualdade dos votos, uma vez que o terceiro votaria duas vezes – uma em nome próprio, outra em nome alheio. Tal posição é sustentada por José Afonso da Silva:

⁷⁹ Nesse sentido, consoante a lição de Néviton Guedes: “(...) O princípio da igualdade, em sua específica manifestação nos direitos políticos, afirma, em primeiro lugar, que todos os homens podem, da forma mais igual possível, exercer o seu direito ao sufrágio, tanto ativo como passivo. Do ponto de vista da capacidade política ativa, o princípio da igualdade de sufrágio significa que os votos de todos os eleitores têm *prima facie* o mesmo peso e assim devem ser considerados tanto na sua contabilização antes do resultado (igual valor numérico), como na repartição e sua conversão em lugares e cargos eletivos a serem preenchidos com a eleição (igual valor no resultado). No que tange à capacidade política passiva, o princípio da igualdade significa a exigência de igualdade de chances entre todos os competidores. Da mesma forma, todos os candidatos têm, com isso, o direito a que todos os votos que lhe foram conferidos sejam contabilizados com o mesmo peso dos votos dados a outros candidatos.” GUEDES, Néviton. Dos direitos políticos. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva/ Almedina, 2013, p. 637-638.

⁸⁰ Para José Afonso da Silva, os sufrágios podem ser classificados de acordo com sua extensão – universal ou restrito – ou conforme a igualdade – igual ou desigual. Dentre os desiguais, o constitucionalista reconhece a figura dos sufrágios plurais, múltiplos e familiares. O voto múltiplo seria aquele em que o eleitor poderia votar mais de uma vez, em mais de uma circunscrição eleitoral; já o direito de voto plural é aquele em que o eleitor poderia votar mais de uma vez, entretanto só poderia exercer esta faculdade dentro de sua circunscrição; por fim, no voto familiar, o pai de família poderia dispor de tantos votos quanto fossem os membros de seu núcleo familiar. Para maiores informações, consultar: SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 357-358.

Para que o voto constitua legítima expressão da vontade do povo, para que seja função efetiva da soberania popular, “deve revestir-se [como disse Meirelles Teixeira] de eficácia política e ainda que represente a vontade real do eleitor, vale dizer, que seja cercado de tais garantias que possa dizer-se sincero e autêntico”. (...) Eficácia, sinceridade e autenticidade são atributos que os sistemas eleitorais democráticos procuram conferir ao voto. Para tanto, hão de garantir-se-lhe dois caracteres básicos: personalidade e liberdade.

A personalidade do voto é indispensável para a realização dos atributos da sinceridade e autenticidade. Significa que o eleitor deverá estar presente e votar ele próprio, não se admitindo, no sistema brasileiro, os votos por correspondência ou por procuração. A identidade do eleitor verifica-se pela exibição do título de eleitor juntamente com um documento de identidade, com fotografia, à mesa receptora; será, no entanto, admitido a votar, ainda que deixe de exhibir, no ato da votação, o seu título, desde que seja inscrito na seção e conste da respectiva pasta a sua folha individual de votação⁸¹.

Visando garantir a igualdade dos votos, o legislador, no art. 330 do anteprojeto, pune quem: “Votar no lugar de outrem ou utilizando documentos falsos”, com pena de prisão de dois a cinco anos, sem prejuízo da sanção relativa à falsificação. A nova tipificação faz uma alusão aos atuais arts. 309⁸² e 353⁸³, ambos do Código Eleitoral, contudo, fez importantes alterações nesta matéria.

Em primeiro lugar, percebe-se que somente se punirá quem votar no lugar de outrem, descriminalizado a conduta de quem vota mais de uma vez em nome próprio. Tal despenalização é consequência do desenvolvimento tecnológico do nosso processo eleitoral, que foi gradativamente tornando-se eletrônico, inserindo a biometria como método de reconhecimento, o que, basicamente, impossibilita que uma pessoa vote duas vezes numa mesma seção⁸⁴. Entretanto, ainda sim é factível que alguém vote em lugar de outrem, bastando que o indivíduo apresente os

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 362-363.

⁸² Art. 309. Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena - reclusão até três anos.

⁸³ Art. 353. Fazer uso de qualquer dos documentos falsificados ou alterados, a que se referem os artigos. 348 a 352: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

⁸⁴ José Jairo Gomes, observando o desenvolvimento tecnológico de nosso processo eleitoral, chega a reconhecer a impossibilidade do delito de quem tenta votar mais de uma vez na mesma seção: “Atualmente, com a implementação dos sistemas de votação eletrônica e identificação biométrica, tornou-se praticamente impossível a realização das condutas indicadas nos números (i) e (ii). Isso porque o eleitor somente pode votar na seção eleitoral em que estiver inscrito (art. 148 do CE), sendo que seu nome só constará na urna eletrônica nela instalada. Ao finalizar o voto, o eleitor não mais é admitido a votar na mesma máquina. Assim, nesse caso, ainda que houvesse tentativa de nova votação, haveria crime impossível por “ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto”, nos termos do art. 17 do Código Penal”. In: GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, p. 77.

documentos de outra pessoa, desde que não haja o leitor biométrico na seção de votação.

Além disso, também não se pune a tentativa deste delito com o mesmo rigor do crime consumado, diferentemente do que ocorre atualmente no art. 309 do Código Eleitoral, que equipara as figuras da tentativa e da consumação, o que, num primeiro momento, evidencia um total descompasso com o princípio da culpabilidade, uma vez que se equiparam desvalores de resultados distintos, sancionando-os de maneira igual⁸⁵.

Por fim, outra inovação advinda com a nova figura penal é, na verdade, um inexplicável equívoco do legislador, uma vez que esta jamais poderá ser aplicada. Na segunda parte do dispositivo, também é punido quem “utilizar documento falso”. Com um preceito tão genérico, questiona-se se a utilização dos documentos falsificados que é criminalizada neste artigo somente diz respeito ao momento da votação, ou a todo o processo eleitoral, que vai desde a formação do corpo eleitoral, até ao dia da votação propriamente dito. Como o *nomen iuris* é falsa identidade eleitoral, é possível crer que a falsificação punida neste tipo penal se refere tanto ao alistamento eleitoral, quanto ao momento de identificação na hora da votação, contudo, se assim fosse, haveria um *bis in idem* com o art. 326 do anteprojeto, o qual tipifica a inscrição fraudulenta de eleitor. Se for acolhida a interpretação mais restritiva, de que o falso punível somente é aquele relacionado ao instante do voto, continua sendo insubsistente a norma, pois o art. 325 do PL 236/12 diz que: “São considerados crimes eleitorais específicos os que seguem, bem como os crimes contra a honra, **a fé pública**, a administração pública e da justiça, **quando praticados em detrimento da Justiça Eleitoral, de candidatos ou do processo eleitoral**” (grifos nossos). Assim sendo, seria aplicável à hipótese o art. 266 do anteprojeto, que prevê o uso de documento falso. Como se percebe, inaplicável a segunda parte do dispositivo em comento, evidenciando-se um fatídico erro de

⁸⁵ Inclusive a doutrina entende que tal incoerência seria legítima, uma vez que a lei assim prevê. Nesse sentido: “Também discordamos de J. J. Cândido quando, ao criticar o legislador, por entender ter criado uma situação injusta, obtemperou: “a solução poderá ser o art. 59 do CP, na parte relativa às consequências do crime, reduzindo-se a cominação no caso de tentativa” (Direito Eleitoral Brasileiro. 11.ed. Bauru: Edipro, 2004, p. 310). Isto porque a pena-base, tanto para o crime consumado como para o crime tentado, mas equiparado àquele, deverá ser a mesma por força do comando legal. A individualização da pena haverá de levar em consideração circunstâncias outras de natureza apenas subjetiva e ligadas ao sujeito ativo, pois se o legislador equiparou a tentativa à consumação é porque a consequência é a mesma, ou seja, a ofensa ao livre exercício do voto como garantia constitucional à lisura do pleito”. In: STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. *Op. cit.*, p. 760.

nosso legislador, o qual destoa do princípio hermenêutico de que a lei não possui palavras inúteis.

5.6 VIOLAÇÃO DO SIGILO DE VOTO OU DA URNA

O voto secreto é uma conquista histórica do povo brasileiro⁸⁶, que por décadas lhe foi vedada a liberdade na hora de escolher seus representantes. Os mais diversos desmandos imperaram em nossa política até meados do século XX, como a existência do voto censitário, a negação do direito de sufrágio aos analfabetos, mulheres, dentro outros, o voto de cabresto, a degola, etc. Mas, sem sombra de dúvidas, o maior atentado eleitoral contra a liberdade de voto foi o “bico de pena”, prática legalizada durante Primeira República, na qual era previsto que o voto era oral e descoberto, o que possibilitava o total controle da votação por parte dos coronéis⁸⁷.

Assim, diante da necessidade de garantir a liberdade do voto, esta caracterizada principalmente em razão de seu caráter secreto, o legislador previu no art. 331 do anteprojeto o crime de violação de sigilo de voto ou de urna, que assim está disposto: “Violar o sigilo do voto ou da urna eleitoral. Pena: prisão de três a cinco anos”. Como no delito anterior, os congressistas fizeram a junção de dois crimes insculpidos atualmente no Código Eleitoral: a violação de sigilo de voto, art. 312⁸⁸, e a violação do sigilo de urna ou de invólucros, art. 317⁸⁹. Como no delito antecessor, o legislador deixou de equiparar a forma tentada com a consumada, não

⁸⁶ Somente com o Código Eleitoral de 1932 é que o voto passou a ser secreto, como se percebe pela leitura de seu art. 56. Hoje, felizmente, tal característica tem assento constitucional, mais precisamente no art. 14, *caput*, bem como integra o rol de cláusulas pétreas, mais precisamente no art. 60, §4º, II, da Constituição Federal.

⁸⁷ Sobre esse tema, importantes as palavras de José Antônio Segatto: “A legislação eleitoral da Primeira República (1889-1930) facilitava, também, o controle dos votos pelas oligarquias estaduais e pelo poder local ou municipal, favorecendo a fraude, a corrupção e o voto de cabresto. Isso era acentuado pelo fato de o voto ser pronunciado e descoberto e, muitas vezes, registrado no bico de pena. Não sendo o voto secreto, seu controle era enormemente facilitado; e sendo facultativo, o trabalho de alistamento eleitoral era de fundamental importância”. SEGATTO, José Antônio. **Cidadania e política**. In: Perspectivas – Revista de Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista, v. 22, 1999, p. 147. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/2094>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

⁸⁸ Art. 312. Violar ou tentar violar o sigilo do voto: Pena - detenção até dois anos.

⁸⁹ Art. 317. Violar ou tentar violar o sigilo da urna ou dos invólucros. Pena - reclusão de três a cinco anos.

podendo mais tal tipo penal ser classificado como de atentado⁹⁰. Mesmo que não tenham sido feitas outras grandes alterações, importante tecer alguns comentários sobre as figuras previstas.

De acordo com a previsão do art. 331, o crime em questão é comum⁹¹, uma vez que não há qualquer especialização do sujeito ativo, podendo este ser cometido por qualquer pessoa do povo, bem como pelos mesários e funcionários da eleição. Questiona-se se o próprio eleitor pode ser o infrator. Para José Jairo Gomes, não, pois, “(...) o segredo protegido pelo dispositivo enfocado constitui direito subjetivo público do eleitor. Querendo, ele poderá, a qualquer tempo, revelar seu próprio voto e descortinar suas preferências políticas. Para o eleitor, a conduta incriminada é lícita⁹²”. Entretanto, de acordo com os mais recentes entendimentos jurisprudenciais, é possível que o eleitor seja autor deste crime, principalmente nos casos em que este tira fotografias dentro da cabine de votação⁹³. Tal entendimento deve ser temperado, pois não é sempre que o eleitor, ao tirar um foto durante o momento de votação, o faz visando transmitir uma mensagem de cunho político, mas sim como um ato de mero exibicionismo. Assim, considera-se mais prudente que cada caso

⁹⁰ Conforme a lição de Leonardo Schmitt de Bem e Mariana Garcia Cunha, na qual citam Paulo José Costa Júnior, crimes de atentado são aqueles que, “(...) a lei tipifica como perfeitos, ainda que não cheguem a ofender o bem objeto de tutela. Não admitem a forma tentada, porque, neles, a consumação se perfaz com a realização daquele mínimo necessário para integrar a tentativa. Nestes crimes, o tipo penal é estruturado de tal modo que abrange em sua previsão tanto os atos que configuram a tentativa quanto a consumação do delito”. COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Código Penal comentado**. 9.ed. São Paulo: DPJ, 2007, p. 50. In: BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. *Op. cit*, p. 134.

⁹¹ Todavia, a doutrina não é unânime nesse ponto. Para Rui Stoco e Leonardo de Oliveira Stoco, a violação do sigilo de voto somente pode ser cometida pelos membros da mesa receptora ou pelos fiscais partidários: “(...) o próprio Código Eleitoral, no art. 103, estabeleceu as providências e critérios para assegurar o sigilo do voto, é no sentido de que o resguardo que se buscou e a manutenção necessária do sigilo há de ocorrer no momento em que o eleitor estiver votando. Os comandos da norma extrapenal do art. 103 e da norma penal do art. 312 do Código Eleitoral dirigem-se precipuamente àqueles aos quais se entregou o *munus* de realizar as eleições e as fiscalizar. (...) Constitui, portanto, para os membros da Mesa Receptora, crime funcional, considerando que as pessoas requisitadas para compô-la, são consideradas servidores públicos por equiparação, nos termos do art. 283, IV, do Código Eleitoral. Cuida-se, portanto, de crime de mão própria. Com relação aos fiscais e delegados dos partidos, o crime é comum, mas sujeito ativo só pode ser a pessoa credenciada pelo Partido ou Coligação para atuar na fiscalização dos trabalhos”. STOCO, Rui. STOCO, Leonardo de Oliveira. *Op. cit*, p. 756.

⁹² GOMES, José Jairo. *Op. cit*, p. 82.

⁹³ Para o TSE, o ato de tirar fotografias ou filmar o momento da votação configura crime eleitoral, seja o previsto no art. 39, §5º, da Lei 9504/97, o famoso delito de boca de urna, ou a conduta em comento, violação do sigilo de voto. Para maiores informações, consultar: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/10/eleitores-postam-selfies-e-ate-videos-durante-votacao-pratica-e-crime.html>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

seja avaliado, a fim de se precisar se houve ou não uma violação à liberdade de sufrágio ou à isonomia entre os concorrentes; somente nessas situações, em que realmente se comprovar que o eleitor, ao tirar uma fotografia ou gravar a votação, tinha intenções publicitárias, é que deverá ser aplicada a norma do art. 331 do anteprojeto.

Outro ponto relevante diz respeito ao momento consumativo da infração. Para Rui Stoco e Leonardo de Oliveira Stoco, a violação do sigilo de voto só pode ocorrer no momento da votação: “A nós no parece que o delito só poderá ocorrer durante o período de votação quando, através de qualquer subterfúgio ou ardil, o agente logra identificar em quem o eleitor votou⁹⁴”. Este é um dos traços de distinção com a violação do sigilo de urna, pois, como sublinha Suzana de Camargo Gomes, o segredo desta deve ser mantido durante e após a votação: “Portanto, durante todo esse período, que vai desde a votação, passando pela apuração até ulterior incineração ou aproveitamento industrial das cédulas, estão as urnas sujeitas ao sigilo, somente podendo ser abertas nas hipóteses autorizadas em lei⁹⁵”.

Por fim, vale destacar a lamentação feita por José Jairo Gomes em relação à omissão do legislador, a qual ainda persiste no art. 331 do anteprojeto, acerca da ausência de criminalização da divulgação dos dados obtidos, seja por violação do voto ou de urna:

E quanto à divulgação da informação obtida por violação do sigilo: O tipo do art. 312 do CE não prevê essa conduta. Assim, tanto é atípica a conduta de quem divulga o voto já espontaneamente revelado pelo próprio eleitor, quanto a de quem divulga a informação obtida por outrem com violação do sigilo. Note-se quem quando a divulgação é feita pelo autor do delito, seu ato traduz mero exaurimento da ação típica⁹⁶.

Se o legislador pretendeu com essa norma a garantia da liberdade do eleitor ao votar, eximindo-o de pressões externas, adequado seria que também fosse criminalizada a divulgação dos dados obtidos mediante a violação de sigilo, pois o combate ao voto de cabresto, por exemplo, não é pleno, uma vez que ainda sim é possível que alguém, mediante fraude, consiga descobrir o voto do indivíduo, passando a coagi-lo.

⁹⁴ STOCO, Rui. STOCO, Leonardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 757.

⁹⁵ GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 247.

⁹⁶ GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, p. 82.

5.7 DESTRUIÇÃO DE URNA ELEITORAL

O art. 332 do anteprojeto sanciona, com pena de prisão de três a seis anos, quem “destruir, danificar, inutilizar, suprimir ou ocultar urna contendo votos”. Tal dispositivo encontra certa similitude com o atual art. 339 do Código Eleitoral, o qual tipifica o delito de destruição de urna ou documentos: “Destruir, suprimir ou ocultar urna contendo votos, ou documentos relativos à eleição: Pena - reclusão de dois a seis anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa”.

Como se observa, foram adicionados novos núcleos ao tipo penal sancionador, inserindo-se as figuras de danificar e inutilizar. Por outro lado, reduziu-se o objeto de proteção da norma penal, pois agora não se tutelam mais os documentos relativos à eleição, o que parece, num primeiro momento, um equívoco. Entretanto, mesmo que os documentos relativos à eleição não sejam mais objeto imediato deste tipo penal, ainda sim é possível que eventual delito de dano cometido em face de tais registros seja julgado pela Justiça Eleitoral, por ainda ser considerado um crime eleitoral, de acordo com a dicção do art. 325 do anteprojeto.

Diferentemente da tendência apresentada nos delitos anteriores, no crime em comento houve uma redução de pena, pois o art. 72, III, da Lei 9.504/97, sancionava com pena de cinco a dez anos quem “causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes”. A norma antiga tutelava somente a urna eletrônica, mas esta não precisava conter votos, exigência legal mantida pelo anteprojeto. Assim sendo, em razão do princípio da estrita legalidade, não poderá responder pelo delito em comento o autor que danificar uma urna sem votos, mas poderá subsistir responsabilidade pelo crime de dano, o qual também deverá ser apurado pela Justiça Eleitoral, sob o mesmo fundamento apresentado no parágrafo anterior.

Por fim, vale salientar que o presente crime não precisa ser cometido unicamente no período eleitoral, pois, como destaca Fávila Ribeiro, “as cédulas devem ser conservadas no interior da urna lacrada para uma possível recontagem de votos⁹⁷”, logo, nos casos em que a votação se proceder mediante cédulas, a integridade da urna deve ser preservada inclusive após o período do exercício do voto por parte dos eleitores.

⁹⁷ RIBEIRO, Fávila. *Op. cit.*, p. 648.

5.8 INTERFERÊNCIA NA URNA ELETRÔNICA OU SISTEMA DE DADOS

Em razão do desenvolvimento tecnológico, nosso processo eleitoral passou a ser cada vez mais informatizado, sendo que os tipos penais de então não se adequavam a nova realidade. Assim, o legislador, no art. 72 da Lei 9504/97 previu em seus três incisos condutas que atentavam contra a segurança de dados do processo eletrônico das eleições: “Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I - obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos; II - desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral; III - causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes”.

Objetivando preservar tal tendência, o legislador do anteprojeto também criminalizou condutas que afetassem o sistema de dados das urnas eletrônicas, assim, em seu art. 333 sancionou com pena de quatro a oito anos quem, “acessar indevidamente urna eletrônica ou sistema de dados da Justiça Eleitoral, ou neles introduzir comando, instrução, programa ou dispositivo capaz de interferir, devassar, destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir informações, inclusive relativas a votos, instruções ou configurações”. Ainda, conforme o contido no parágrafo único do dispositivo, responde pelas mesmas penas quem utiliza, de qualquer maneira, os dados assim introduzidos.

Como se percebe, o novo preceito sancionador resulta de uma incorporação de elementos presentes nos incisos I e II do art. 72 da Lei 9504/97, inserindo ou suprimido algumas particularidades. Todavia, ainda sim é possível classificá-lo, segundo a terminologia de Túlio Vianna, como um delito informático misto⁹⁸, pois

⁹⁸ Para Túlio Vianna, só é possível falar-se em delito informático quando a norma penal visa proteger a inviolabilidade dos dados. Assim, para o autor, pouco importa se o delito é cometido por meio do computador, relevante é o bem jurídico preservado. Agora, para o doutrinador, quando o tipo penal visa tutelar algo além da integridade dos dados informáticos, tal crime deve ser considerado informático misto. Neste rol, Túlio Vianna inclui precisamente a conduta inculpada no art. 72, II, da Lei 9504/97. Para maiores informações, consultar: VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de direito penal informático**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, 2001, p. 37-52.

além de tutelar a inviolabilidade dos dados do sistema informático eleitoral, preserva também a segurança das votações, bem como a veracidade dos resultados⁹⁹.

Neste diapasão, mesmo que se continue a punir quem obtenha acesso ao sistema de tratamento automático de dados¹⁰⁰, não se exige mais do sujeito ativo que este aja imbuído com a finalidade de alterar a apuração ou a contagem de votos, elemento subjetivo imprescindível para a caracterização do crime insculpido no ainda em vigor art. 72, I, da Lei das Eleições. Entretanto, diferentemente do exposto por Rui Stoco e Leonardo de Oliveira Stoco, ao comentarem sobre o inciso I do art. 72 da Lei 9504/97¹⁰¹, entende-se que somente pode ser punido quem acessar o sistema informático de dados por meios ilícitos, pois, caso contrário, haveria uma grande incoerência em punir quem faz o acesso por meios lícitos, como o funcionário que se encontra incumbido de fazer o *backup* do sistema, por exemplo.

Além disso, diferentemente do crime ora vigente, não se pune, pelo menos no art. 333 do anteprojeto, quem desenvolve o *malware* apto a interferir no sistema de dados da Justiça Eleitoral, somente quem o introduz. Nesse ponto, importante salientar que se reconhece a lesividade penal a programas maliciosos que não somente possam “destruir”, “apagar”, “eliminar”, “alterar”, “gravar” ou “transmitir” os

⁹⁹ Em relação à legitimidade das eleições, Túlio Vianna a coloca em xeque, asseverando que o sistema de dados utilizando pela Justiça Eleitoral é defasado, podendo ser facilmente superado por pessoas mal intencionadas: “Ao contrário do que crê grande parte da população, a urna eletrônica usada nas eleições brasileiras é completamente vulnerável a acessos não autorizados e, muito dificilmente, um delito como este poderia ser apurado. É que o código-fonte do programa usado pela urna não é aberto, o que equivale a dizer que toda a legitimidade das eleições brasileiras é garantida pelo seletivo grupo de programadores que desenvolvem o software. A política de segurança do TSE parece basear-se unicamente no sigilo das fontes. Tal opção é profundamente temerosa, pois um único dos programadores que se corrompesse poderia colocar em risco a legitimidade de uma eleição inteira. Não sendo os códigos públicos, não há como os partidos terem certeza de que o programa que está sendo usado pela urna no dia das eleições efetivamente cumpra sua função de coletar e totalizar os votos sem nenhuma alteração, pois poderiam ser perfeitamente modificados para garantir a vitória de um determinado candidato”. In: *Ibidem*, p. 50-51.

¹⁰⁰ O art. 208 do anteprojeto traz uma definição de sistema de dados: “Para efeitos penais, considera-se: I – ‘sistema informático’: qualquer dispositivo ou o conjunto de dispositivos, interligados ou associados, em que um ou mais de um entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção”.

¹⁰¹ Para os referidos autores: “Não importa que o acesso tenha sido obtido por meio lícito ou permitido. Esse aspecto é irrelevante. Obtido esse acesso e manipulando os dados armazenados na memória do computador não se mostra relevante saber se o agente conseguiu, ou não alterar a apuração ou a contagem de votos, pois se trata de crime de perigo, bastando a potencialidade lesiva”. In: STOCO, Rui; STOCO, Leonardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 871.

dados¹⁰² constantes no sistema informático da Justiça Eleitoral, mas também aqueles que possam “interferir” ou “devassar” tais informações, inclusive aquelas relativas a votos.

Ainda em relação aos programas maliciosos criminalizados pela norma penal, a doutrina, ao tecer comentários ao inciso II da Lei 9504/97, considera que tal figura somente estará caracterizada se o programa inserido no sistema de dados tiver aptidão para produzir algumas das ações destacadas no tipo penal – destruir, apagar, eliminar, etc. – caso contrário, atípica será a conduta do agente, em razão da absoluta inidoneidade do meio empregado. Nesse sentido, a lição de José Jairo Gomes:

Note-se, porém, ser necessário que o *software* tenha aptidão ou potencialidade para provocar lesão, ou melhor, que seja “capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral”. Caso seja incapaz ou inapto para realizar algumas dessas finalidades, atípica será a conduta do agente¹⁰³.

Realmente esta parece ser a melhor solução, principalmente em função dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, os quais serão analisados em momento posterior.

Por fim, importante a constatação feita por Suzana de Camargo Gomes acerca do momento consumativo da figura prevista no inciso II do art. 72 da Lei 9504/97:

O sistema de dados aqui atingido não é somente aquele responsável pela votação e apuração de votos nas eleições, mas diz respeito a todos aqueles constantes dos registros computadorizados da Justiça Eleitoral. Assim, se forem atingidos, por exemplo, os dados relativos ao corpo eleitoral, se da conduta decorrer a inserção, exclusão de eleitor ou qualquer outro ato relativo ao alistamento eleitoral, também resulta caracterizado o crime em apreço¹⁰⁴.

¹⁰² O anteprojeto também tratou de conceituar dados informáticos, também no seu referido art. 208: “(...) II – ‘dados informáticos’: qualquer representação de fatos, informações ou conceitos sob forma suscetível de processamento num sistema informático, incluindo programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função”.

¹⁰³ GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, p. 246.

¹⁰⁴ GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 245

Como se percebe, nem o preceito do inciso II do art. 72 da Lei das Eleições, tampouco o art. 333 do anteprojeto, proibiram o acesso somente ao sistema de dados da votação, mas sim qualquer invasão ao sistema de dados da Justiça Eleitoral, logo, correto parece considerar que tais condutas possam acontecer fora do período eleitoral. Entretanto, nesses casos, não parece que haverá uma lesão ao escrutínio, mas sim à própria administração da Justiça.

5.9 FALSIFICAÇÃO DE RESULTADO

Por muito tempo as eleições em nosso país foram sinônimas de fraude. A política era controlada pelos coronéis, que se utilizavam de qualquer subterfúgio para garantir a manutenção do poder. O testemunho de Raymundo Faoro é preciso em revelar tal realidade:

Feita a mesa, está feita a eleição, dizia-se há um século – fazer a mesa significava compô-la, fabricá-la e ocupá-la. Terminada a obra da violência, começava a fraude, com o voto manipulado, com as incompatibilidades de ocasião, com a contagem arbitrária. [...] A eleição, na verdade, está feita – a apuração, escoimadas as duplicatas, recursos do partido vencido, proclama os eleitos, escolhendo entre as atas falsas as mais consentâneas com a tendência dos escrutinadores. O órgão apurador, no ciclo final, faz a própria eleição, remotamente ligada à vontade do eleitorado¹⁰⁵.

Como forma de combater as fraudes no processo eleitoral, diversas normas foram sendo promulgadas, tendo como escopo evitar a falsificação das votações. Nessa seara, o atual Código Eleitoral, em seu art. 315, criminaliza o conhecido “mapismo eleitoral”, que nada mais é do que a adulteração do resultado da contagem dos votos: “Alterar nos mapas ou nos boletins de apuração a votação obtida por qualquer candidato ou lançar nesses documentos votação que não corresponda às cédulas apuradas: Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa”. Todavia, tal regra caiu em desuso, não acompanhando o desenvolvimento tecnológico do nosso sistema eleitoral, pois não previu a aplicação das urnas eletrônicas. Assim sendo, a Lei 6996/82, ampliou a margem de

¹⁰⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001, p. 380.

criminalização do art. 315 do Código Eleitoral, estabelecendo em seu artigo 15 que, “Incorrerá nas penas do art. 315 do Código Eleitoral quem, no processamento eletrônico das cédulas, alterar resultados, qualquer que seja o método utilizado”. Não satisfeito, o legislador buscou criminalizar condutas que não atingem diretamente a idoneidade da votação, mas que somente a colocam em risco, como o fez no art. 72, I, da Lei 9504/97: “Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I – obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos”. Interessante observar que a pena deste delito de perigo é muito mais severa daquelas previstas nos crimes de dano.

Tamanha proficiência de leis em relação à matéria causa um conflito aparente de normas, pois um agente que violar o sistema eletrônico de apuração de votos, a fim de adulterar o resultado das eleições, estará infringindo a norma do art. 15 da Lei 6996/82 e também o art. 72, I, da Lei 9504/97, entretanto, as penas aplicáveis são extremamente diferentes. Ademais, também não se justifica tão grave distinção de tratamento a quem procede à falsificação dos mapas de votação. Todas estas discrepâncias não foram relevadas pela doutrina. Rui Stoco e Leonardo de Oliveira Stoco apontam que há uma evidente afronta ao princípio da isonomia ao se punir com penas tão distintas figuras típicas semelhantes:

Ora, há excessiva normatização em torno da mesma hipótese fenomênica. Aliás, pode-se afirmar conflito de normas em relação ao art. 15 da Lei 6996/82 e o art. 72 da Lei 9504/97. O mais grave e criticável é o fato de que na primeira figura a pena é a mesma do art. 315 do Código Eleitoral (até cinco anos de reclusão) e nesta última a pena é de cinco a dez anos de reclusão, em inadmissível descompasso e ofensa ao princípio da isonomia¹⁰⁶.

Como forma de contornar este quadro caótico de previsões legais, além de continuar preservando a veracidade das votações, o anteprojeto, em seu art. 334, sanciona com pena de prisão de quatro a dez anos, quem, “falsificar o resultado da votação em urna manual ou eletrônica, bem como mapas de apuração parcial ou total, introduzindo, alterando ou suprimindo dados ou se valendo de qualquer outro expediente fraudulento”.

¹⁰⁶ STOCO, Rui; STOCO, Leonardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 747.

Com a nova redação, percebe-se que pelo menos a violação ao princípio da isonomia foi superada, pois a pena é a mesma para quem falsificar o resultado da votação em urna manual ou eletrônica. Além disso, foi inserida uma cláusula de equiparação ao final do tipo penal, com a expressão “se valendo de qualquer outro expediente fraudulento”, assim, é possível que ocorra a consumação do delito mediante emprego de artifícios não tão sofisticados quanto à utilização de *malwares* no sistema de contagem de votos, como a inserção de cédulas numa urna de lona, a fim de contabilizar mais votos a determinado candidato. Justamente em razão destes outros meios de execução é que o delito em comento deve ser considerado comum, não crime funcional, como sustenta determinado setor da doutrina¹⁰⁷.

5.10 CORRUPÇÃO ELEITORAL

Por clientelismo¹⁰⁸, a doutrina entende uma troca de favores fundamentada em relações de poder e econômicas, em que uma das partes apóia determinado candidato em troca de benefícios concedidos por este. Na precisa lição de José Murilo de Carvalho, clientelismo é, “(...) um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto”.¹⁰⁹ Já para Luiz

¹⁰⁷ Para Rui Stoco e Leonardo de Oliveira Stoco, o crime em comento é funcional, pois consideram que este só pode ser cometido por funcionários da Junta Apuradora: “(...) Trata-se de crime que só pode ser praticado por Juiz Eleitoral e pessoas equiparadas a servidor público, ou seja, as pessoas requisitadas para prestar serviços à Justiça Eleitoral nas funções de membros da Junta Apuradora, escrutinadores e auxiliares. Cuida-se, pois, de crime funcional. O particular (candidato, fiscal, delegado ou qualquer outra pessoa) poderá, eventualmente, agir em coautoria ou ter participação secundária mediante conluio. Mas então estar-se-á diante de hipótese de coautoria ou participação do *extraneus* no crime funcional de servidor por equiparação. Isto porque somente essas pessoas credenciadas têm atribuição para trabalhar na apuração de votação, escriturando mapas e gerando boletins”. In: *Idem*.

¹⁰⁸ Cumpre destacar que segundo a melhor doutrina, clientelismo não se confunde com coronelismo, nem mandonismo. Segundo a obra de José Murilo de Carvalho, o coronelismo é um sistema político, no qual existe troca de favores entre os coronéis e o governo, ou seja, é um fenômeno muito institucionalizado, que pode atingir as mais diferentes esferas de poder. Já o mandonismo é um termo que também se relaciona com os coronéis, mas não chega a configurar um sistema político, sendo meramente uma característica da política tradicional, em que o coronel controla todas as faces de uma comunidade. Para maiores informações, consultar: CARVALHO, José Murilo. **Mandonismo, coronelismo e clientelismo: uma discussão conceitual**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000200003. Acesso: 12 de outubro de 2015.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Henrique Nunes Bahia, “o clientelismo político pode ser encartado como relação mais ou menos personalizada, afetiva e recíproca entre atores, conjunto de atores, comandando recursos desiguais e compreendendo transações mutuamente benéficas que possuem ramificações até a esfera imediata das relações duais”¹¹⁰.

Certos estudiosos identificam o clientelismo em várias sociedades mundiais, contudo, no Brasil, tal fenômeno político teve importância estrutural dentro da organização política brasileira¹¹¹. Alguns autores acreditam que o clientelismo tem origens sociais, sendo um fenômeno típico de sociedades desiguais. Para Edson Nunes, o clientelismo seria decorrência das sociedades desiguais frutos do sistema capitalista, eis que a grande maioria dos indivíduos encontra-se em posições sociais que demandam pedidos de favores, não tendo acesso aos recursos políticos e encontrando-se em piores condições econômicas. Além disso, seria resultado do desequilíbrio das forças de poder¹¹².

Em estudo pioneiro, encomendado pela ONG Transparência Brasil e implementado pelo IBOPE entre eleitores de março de 2001, Bruno Wilhelm Speck desmistifica várias opiniões do senso comum relativas à compra de votos: independentemente do grau de escolaridade, de analfabetos até universitários, a média dos entrevistados que confirmou já ter sido aliciada para vender seus votos é de 10,1%; já em relação à renda, somente a parcela de eleitores com uma renda familiar de mais de 20 salários mínimos foi pouco alvejada – 4,4% para ofertas de cargos administrativos, e 2,2% para promessas pecuniárias – as demais pessoas

¹¹⁰BAHIA, Luiz Henrique Nunes. **Raízes e fundamentos de uma teoria de troca política assimétrica/clientelística**. Rio de Janeiro, 1997, 354 f. Tese (Doutorado em Ciência Humanas: Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, p. 152. In: ANDRICH, Mara Guimarães. **O clientelismo hoje: um estudo de caso na Câmara de Vereadores de Curitiba**. Curitiba, 2004, 36 f. Monografia (Especialização em Sociologia Política: Ciências Políticas) – Universidade Federal do Paraná, p. 4

¹¹¹ Nesse sentido: “O clientelismo na política brasileira tem sua origem no período colonial. É possível vislumbrá-lo nas relações estabelecidas entre os grandes senhores de engenho e seus colonos livres, seus agregados e os agricultores pobres que rodeavam os latifúndios. É sabido que o poder econômico, ou a ascendência econômica, desses grandes fazendeiros, era enorme. Eram homens de muitas posses. Na primeira parte do período colonial eles eram até mesmo as únicas autoridades de certas regiões (Duarte, 1939: 169). A ausência quase total do Estado na primeira parte do período colonial levava ao reforço do privatismo dos colonizadores, despontando o senhor de engenho como senhor absoluto, não só do poder econômico como também do poder político”. In: LENARDÃO, Elcio. **Gênese do clientelismo na organização política brasileira**, p. 04. Disponível em: http://www.pucsp.br/neils/downloads/v11_12_elsio.pdf. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

¹¹² NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 21-23.

das diversas classes econômicas foram induzidas a venderem seus votos em proporções semelhantes: 10,1%¹¹³.

Independentemente de se tratar de um fenômeno econômico-social ou não, é inegável a influência negativa que as relações clientelísticas exercem perante o processo decisório, uma vez que comprometem a liberdade de sufrágio dos cidadãos, que deixam de escolher seus representantes por sua íntima convicção, sendo influenciados por fatores externos que pouco tem a ver com a escolha do melhor representante.

São tão evidentes as mazelas decorrentes do clientelismo, que o legislador pátrio tratou de tipificar tal conduta como crime no art. 299, do Código Eleitoral, “Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa”. Tal dispositivo trata da corrupção eleitoral, tanto na forma ativa, quanto na passiva, contudo, o legislador se importou tanto com a garantia do livre exercício de voto, que chegou a prever sanções administrativas e políticas ao candidato que doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor dádiva com o fim obter-lhe o voto¹¹⁴.

Tamanha a importância do bem jurídico tutelado nessas normas penais, que o legislador, por meio de técnica legislativa, tipificou tais condutas como crimes formais¹¹⁵. Assim sendo, não é necessário para que a conduta se materialize que haja a efetiva troca de bens, ou que o eleitor efetivamente vote no candidato que o subornou, a mácula ao processo democrático já aconteceu. Não é outro o

¹¹³ O estudo completo pode ser acessado em: SPECK, Bruno Wilhelm. **A compra de votos: uma aproximação empírica**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762003000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

¹¹⁴ Trata-se do art. 41-A da Lei 9504/97, o qual previu a figura da captação ilícita de sufrágio: “Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990”.

¹¹⁵ Crimes formais, para Cezar Roberto Bitencourt, são, “(...) que descrevem um resultado, que, contudo, não precisa verificar-se para ocorrer a consumação. Basta a ação do agente e a vontade de concretizá-lo, configuradoras do dano potencial, isto é, do *eventus periculi* (ameaça, a injúria verbal). Afirma-se que no crime formal o legislador antecipa a consumação, satisfazendo-se com a simples ação do agente”. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op.cit*, p. 273

entendimento de Tito Costa, que analisando diversos julgados, chega à conclusão que o delito insculpido no art. 299 do Código Eleitoral prescinde de um resultado naturalístico:

Questão muitas vezes debatida nos pleitos eleitorais em relação a essa figura penal é a referente ao fato do candidato ter sido eleito ou não. Julgados inúmeros de nossos tribunais têm assentado ser irrelevante o fato de o candidato não ter êxito na eleição postulada.

(...) A aceitação, ou não, do eleitor em relação à proposta ou à oferta de vantagem em troca de voto também não conta. Segundo o TER paulista, “o art. 299 do Código Eleitoral pune a corrupção eleitoral e, na sua redação, tem amplo espectro, manifestando-se a materialidade com a simples oferta da dádiva ou outra vantagem para a obtenção do voto ou para a abstenção, mesmo que a oferta não seja aceita.”.

(...) A intenção dolosa do beneficiário, o eleitor, que se compromete ao voto em troca de vantagem, essa também concorre para a tipificação do ilícito por ele praticado. No entanto, entre a sua intenção e o voto vai grande distância, até porque o voto é secreto. Mas a intenção deliberada de votar, manifestada pelo eleitor, se devidamente comprovada, configurará a prática proibida, pois o crime é formal e se completa pela simples manifestação da compra do voto, pelo candidato e da sua venda, pelo eleitor, por via da sua promessa expressa da aceitação. (...) Ora, em se tratando de crime formal, que se formaliza independentemente de resultados práticos, de pouca valia terá a recusa do eleitor em cumprir a promessa do voto pelo qual tenha recebido alguma recompensa. Voto secreto, sim, mas prometido dolosamente em troca de favores¹¹⁶.

Observando a importância das normas penais em comento, os tribunais pátrios não vêm reconhecendo o princípio da insignificância¹¹⁷ nos casos de corrupção eleitoral, uma vez que os bens jurídicos salvaguardados pelos tipos incriminadores são indisponíveis, visto que se tratam da liberdade de sufrágio e do próprio regime democrático, pouco importando, nesse diapasão, o valor dos bens ofertados para a captação ilícita de votos¹¹⁸.

¹¹⁶ COSTA, Tito. *Op. cit.*, p. 57-61.

¹¹⁷ Sobre o princípio da insignificância, cumpre destacar a lição de Luiz Flávio Gomes: “... se por força do ‘princípio do fato’ (ou materialização da ação) é imprescindível a exteriorização da conduta para a configuração de um fato punível, em razão do princípio da ofensividade (ou necessária ofensividade) é incontestável que essa exteriorização retrate uma ofensa ao bem jurídico. Mas em virtude do princípio da fragmentariedade unicamente a lesão ou perigo de lesão grave ou intolerável ao bem protegido é que legitima a intervenção penal. O direito penal deve incidir exclusivamente quando a ofensa seja significativa, quer dizer, importante, relevante (*rectius*: intolerável). Daí se conclui: quando o fato é reconhecidamente insignificante ou de mínima ofensividade (um furto de muito poucos reais, p.ex.), parece mais correto, proporcional, política e criminalmente melhor a não incidência do Direito penal, o que significaria em última instância uma forma de despenalização da referida conduta”. In: GOMES, Luiz Flávio. **Causas excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 136.

¹¹⁸ Destacamos os seguintes julgados que corroboram esse entendimento: TSE - REspe: 500806 PR, Relator: Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Data de Julgamento: 28/03/2011, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 64, Data 04/04/2011, Página 34-39; TSE - AI:

Destacando a importância da norma penal em comento, o anteprojeto, em seus artigos 335 e 336, tipificou, respectivamente, os crimes de corrupção ativa e passiva: “Art. 335. Dar, oferecer ou prometer dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem para obter o voto ou para conseguir abstenção, ainda que a oferta não seja aceita. Penal – prisão, de dois a cinco anos. Art. 336. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para dar o voto ou abster-se de votar: Pena - prisão, de um a quatro anos”.

Como se percebe pela leitura dos dois dispositivos, não houve alterações substanciais nas condutas imputadas, a não ser uma distinção da pena aplicável nos casos de corrupção ativa e passiva, o que se justifica pelo desvalor do resultado distinto das ações. Entretanto, o ponto mais polêmico de inovação proposto pelo legislador foi uma hipótese de perdão judicial, esta insculpida no parágrafo único do art. 336 do anteprojeto: “Perdão Judicial. Parágrafo único. O juiz deixará de aplicar a pena ao eleitor se ficar demonstrado que este aceitou a vantagem em razão de extrema miserabilidade”.

O perdão judicial, que tem por fundamento o art. 107, IX¹¹⁹, do Código Penal, ocorre em determinadas hipóteses legais, em que é permitido ao juiz deixar de aplicar a sanção penal, uma vez que, “(...) se verifica inválida a pretensão de punibilidade não por outra razão além das próprias circunstâncias em que se deu o fato. Há situações concretas em que a norma perde pretensão de punibilidade porque o próprio resultado delitivo já traduz, em si, um castigo ao réu maior do que aquele que eventualmente uma sanção penal possa representar”¹²⁰.

Há grande discussão doutrinária acerca da imperatividade, ou não, da concessão do perdão judicial, entretanto, a mais atual e balizada doutrina penal entende que tal instituto é um direito subjetivo do réu¹²¹.

10672 SC , Relator: CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Data de Julgamento: 26/02/2010, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 08/03/2010, Página 26/27/, que assim dispõe: “(...)Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Dissídio jurisprudencial não verificado. Recurso ao qual se nega seguimento. O princípio da insignificância, como bem ponderou o Tribunal Regional Eleitoral, deve ser aplicado nos crimes contra o patrimônio quando o valor do bem jurídico tutelado é ínfimo. Como o bem ora tutelado é o livre exercício do voto, a lisura do processo de obtenção do voto, o referido princípio não pode ser utilizado para excluir a tipicidade da conduta”.

¹¹⁹ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

¹²⁰ BUSATO, Paulo César. *Op. cit*, p. 599

¹²¹ Nesse sentido: “Alguns autores sustentam que o perdão judicial é faculdade conferida ao juiz. Outros, no entanto, entendem que, atendidos os requisitos estabelecidos pela lei, o deferimento do

Ora, cotejando o teor do parágrafo único do art. 336, do Anteprojeto do Código Penal, que utiliza a locução verbal “deixará de aplicar”, com o entendimento doutrinário prevalente de que a hipótese de perdão judicial é direito subjetivo do acusado, conclui-se que deve ser aplicada de ofício a causa de extinção de punibilidade, caso presentes seus requisitos legais. Tal posicionamento abre um perigoso precedente de conivência e aceitação da compra de votos, uma vez que haveria a impunidade em massa da corrupção eleitoral nos casos em que o eleitor tratar-se pessoa miserável. Tal entendimento seria uma brecha para a aceitação e fomento ao clientelismo, principalmente nas localidades menos favorecidas do país, comprometendo-se, ainda mais, o nosso processo democrático e a possibilidade de escolha por parte dos cidadãos. Além disso, o fundamento teórico do perdão judicial é o sentimento, o pesar, que o agente compartilha com as consequências advindas com o delito, o que não se constata em relação ao crime de corrupção eleitoral.

Em decorrência desse lado obscuro na concessão de perdão judicial nos casos de corrupção passiva, entende-se que a melhor maneira de observar as condições econômicas do eleitor que vendeu seu voto e evitar a aplicação desnecessária e desproporcional do aparato repressivo estatal é por meio da suspensão condicional do processo.

A suspensão condicional do processo é um substitutivo penal previsto no art. 89, da Lei 9099/95¹²², a lei que regula os Juizados Especiais. Tal instituto é o ato jurídico processual pelo qual o Ministério Público – no momento do oferecimento da denúncia (segundo a literalidade da lei), ou até a publicação da sentença (segundo prática forense generalizada), após frustradas a tentativa de conciliação extintiva da punibilidade e a tentativa de transação substitutiva da pena – propõe a suspensão condicional do processo pelo prazo de 02 a 04 anos, em crimes com pena mínima

benefício é direito público subjetivo do réu. A razão está com os últimos. No Estado Democrático de Direito, o respeito à liberdade e à dignidade da pessoa humana impõe que o Direito Penal possa justificar, satisfatoriamente, a pena que concretamente é aplicada ao infrator da norma jurídica. Como, então, justificar a aplicação da pena no arbítrio? A orientação garantista que dirige a interpretação dos dispositivos penais leva-nos a concluir pelo tratamento igualitário: atendidos os requisitos legais, todos os acusados têm direito ao perdão judicial”. In: GALVÃO, Fernando. *Op. cit* p. 949.

¹²² Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

cominada até 01 ano¹²³, dentro ou fora da competência dos Juizados Especiais Criminais.¹²⁴ Tal medida é muito mais consentânea com a relevância dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais em comento e com as condições pessoais econômicas do réu, visto que pondera tais pontos, evitando-se, assim, a abertura de processos ou prolação de condenações desnecessárias e injustas, que deixaram de observar as peculiaridades sociais do meio em que o réu se encontrava¹²⁵, bem como não gera uma sensação de impunidade da conduta, nem induz à noção de que a pobreza extrema poderia afastar a aplicabilidade da norma penal e desconsiderar a importância da liberdade de sufrágio dentro do ordenamento jurídico, uma vez que para a manutenção da suspensão condicional do processo, é imprescindível que o réu obedeça às condições impostas no art. 89, §1º¹²⁶, além de outras determinações impostas pelo juiz, conforme §2º¹²⁷, do artigo em comento, sob pena de revogação da suspensão, segundo as disposições dos §§ 3º¹²⁸ e 4º¹²⁹,

¹²³ De acordo com a nova tipificação, proposta no Projeto do Novo Código Penal, caso o art. 336 venha a ser promulgado, o apenamento mínimo da conduta será de 01 ano de prisão, perfazendo, portanto, o requisito da pena mínima. Contudo, como já destacado, o art. 299 do atual Código Eleitoral deixou de prever a pena mínima da conduta, todavia, ainda sim é possível a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, eis que a corrupção eleitoral é sancionada com pena de reclusão de até quatro anos, e nas hipóteses em que não for cominada a menor margem sancionatória, esta será de 01 ano, conforme a inteligência do art. 284, do Código Eleitoral: “Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que este será de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão”.

¹²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 373.

¹²⁵ Nesse aspecto, precisa é a lição de Juarez Cirino dos Santos: “A suspensão condicional do processo constitui instrumento redutor da predação social inútil promovida pela pena criminal, beneficiando especialmente segmentos subalternos e humildes da população brasileira; valoriza a constatação criminológica de que as vítimas dessa criminalidade miúda estão mais interessadas em ressarcimento do dano do que em punições; resolve conflitos humanos pela técnica civilizada do consenso, evitando a repressão institucional de sujeitos punidos por condições sociais adversas; contribui para despenalizar conflitos sociais mediante a desprocessualização de litígios humanos; enfim, realiza parcialmente o ideal do Direito Penal Mínimo, mediante necessária despenalização – que deve ser estimulada e não temida -, na senda utópica de descobrir qualquer coisa melhor do que o Direito Penal, segundo Radbruch”. In: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ibid*, p. 374.

¹²⁶ § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

¹²⁷ § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

¹²⁸ § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

do referido dispositivo. O equilíbrio de tais interesses por meio da suspensão condicional do processo é exposto com maestria por Ada Pellegrini Grinover:

Cabe ainda acrescentar que na suspensão está presente também a reafirmação do ordenamento jurídico, isto é, não se pode negar a possível motivação pela aplicação da norma, tal como propõe a teoria da prevenção geral positiva (Jakobs). O instituto da suspensão do processo nem pode criar a sensação de impunidade (déficit de eficácia preventiva geral), nem pode ser algo (pessoal e socialmente) inútil, sem nenhuma finalidade (déficit de prevenção especial). Dele se espera muita coisa: ressocialização do infrator, reparação dos danos à vítima, não estigmatização, agilização da Justiça etc. Muitas são as expectativas que devem ser atendidas pela suspensão do processo: do próprio infrator de não ser estigmatizado, da vítima de ser reparada, da Justiça de não gerar impunidade, da sociedade de pagar o menos possível e até mesmo ter algum benefício etc. Os interesses são múltiplos e às vezes até conflitantes. Nem por isso podem deixar de ser compatibilizados dentro do novo modelo de Justiça criminal. Deve-se buscar o equilíbrio entre a infração e a resposta estatal, assim como entre a prevenção geral e a especial¹³⁰.

Diante do exposto, percebe-se que a suspensão condicional do processo é a medida correta a ser tomada nos casos em que a venda de votos aconteceu em função da extrema pobreza do eleitor, visto que tal instrumento não negligencia a importância dos bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora da corrupção eleitoral, nem releva a importância das condições individuais do agente, possibilitando a aplicação de uma sanção mais justa.

5.11 COAÇÃO ELEITORAL

Como já destacado anteriormente, nosso processo eleitoral sofreu de várias mazelas, dentre as quais a coação eleitoral. Não raro durante o período imperial, as eleições foram regidas por agressões físicas e morais, feitas por capangas contratados pelos coronéis, os quais somente objetivam assegurar seus interesses políticos. A lição de José Antonio Segatto é exemplar neste ponto:

Um outro elemento, intrínseco àquela realidade, foi a utilização de violência e intimidação. Grupos de capangas ou capoeiras percorriam armados ruas e praças, nos dias de eleições, espantando e/ou amedrontando a oposição,

¹²⁹ § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alli*. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95**. 4.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 325

tornando o ato de votar muito perigoso (Carvalho, 1995, p.28). "O traço característico das nossas eleições primárias ou de paróquia, fora sempre, e não só nas províncias mais remotas como na própria Corte, a violência e a turbulência" (Holanda, 1972, p 222). As eleições de 1840 ficaram conhecidas como as "eleições do cacete", pela violência oficial usada. Segundo um historiador, "maltas de valentões, com a convivência da polícia, quando não dirigidos por ela, assaltavam as mesas eleitorais... Assassínios e espancamentos foram assinalados em todo o país" (Castro, 1972, p.65). Em 1844 não seriam diferentes: "No Rio de Janeiro ela alcançou o máximo de violência... Em Saquarema ... o padre José Cêa de Almeida teria chegado ao extremo de autorizar em edital o assassinio dos eleitores que recusassem as listas do governo ..." (1972, p.524). Machado de Assis (1998), assinala numa crônica, publicada no jornal *Gazeta de Notícias* (09 .1.1895), o clima de violência e pressões políticas sobre o eleitorado nas eleições legislativas daquele ano no Rio de Janeiro. Instrumento eficiente de intimidação político eleitoral, utilizado com frequência, era a ameaça e a prática do recrutamento para o Exército, cuja atribuição e poder eram delegados à Guarda Nacional - servia para manter a "oposição" ou os adversários atemorizados com a possibilidade, por exemplo, de serem recrutados para lutar nas guerras de fronteiras ou nos chacos paraguaios¹³¹.

Diante destes atentados à liberdade de voto, nosso legislador previu em dois artigos do atual Código Eleitoral condutas referentes à coação eleitoral. No art. 300, pune-se com pena de detenção de até seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa, o servidor público que valer-se de sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido, sendo a pena agravada se quem comete o crime for membro ou funcionário da Justiça Eleitoral. Já o artigo 301 do Código Eleitoral sanciona com pena de reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa, quem "usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos". Como se percebe, este último dispositivo é um crime comum, sendo que para sua consumação é imprescindível que o agente se valha de violência física ou grave ameaça para a coação, o que não é exigível no delito funcional.

O anteprojeto, em seu art. 337, unificou as condutas praticadas pelo servidor público e pelo particular, apenando tais práticas com pena de três a seis anos de prisão para quem: "usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar em determinado candidato ou partido, ou abster-se, ainda que os fins visados não sejam conseguidos".

Numa leitura superficial da norma do art. 337 do anteprojeto, percebe-se que o legislador não fez qualquer distinção entre o sujeito ativo do delito, portanto, agora

¹³¹ SEGATTO, José Antônio. *Op. cit.*, p. 146-147.

tanto o servidor público quanto o particular que coagiram algum eleitor responderão pelo mesmo crime.

Entretanto, é de se perguntar se não haverá mais sanção a quem coagir outrem sem valer-se de violência física ou grave ameaça. Por meio de uma interpretação gramatical, a resposta só pode ser negativa, pois a conduta prevista no art. 337 só se consuma com a prática de violência ou grave ameaça. Contudo, considerar atípica a conduta de um servidor público, por exemplo, que se valha de sua autoridade para constranger o eleitor a votar em determinado candidato, não parece ser uma opção adequada, assim, nesses casos, possível o reconhecimento da figura do abuso de autoridade¹³².

Por fim, importante a consideração feita por Rui Stoco e Leonardo de Oliveira Stoco: “Segundo parece, embora a violência e a grave ameaça sejam elementos integrantes do tipo, sem as quais (qualquer delas) o crime não se caracteriza, a lesão corporal ou evento morte devem ser considerados como crimes conexos. Se o sujeito ativo, além de usar violência, ofende a integridade física de outrem, haverá concurso formal de crimes¹³³”. Em que pese o preceito sancionador do art. 339 seja elevado, há diversas consequências provenientes de lesões corporais graves ou gravíssimas, ou mesmo a morte da vítima, cujo desvalor de resultado não se encontram albergadas por tal pena, logo, melhor seria se, além da pena cominada à coação, o agente respondesse também pela pena das lesões.

5.12 USO ELEITORAL DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

As campanhas eleitorais devem ser pautadas pela máxima isonomia entre os candidatos, buscando-se a realização de eleições justas. Contudo, não são raras as situações em que determinados concorrentes são favorecidos pela máquina pública, o que configura um flagrante atentado ao princípio da máxima igualdade entre os candidatos, conforme lição de Eneida Desiree Salgado:

¹³² O crime de abuso de autoridade está previsto no art. 271 do anteprojeto – “Art. 271. Constituem abuso de autoridade as seguintes condutas de servidor público, se não forem elemento de crime mais grave: II – constranger qualquer pessoa, sob ameaça de prisão ou outro ato administrativo ou judicial, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe”.

¹³³ STOCO, Rui; STOCO, Leonardo de Oliveira. *Op. cit*, p. 537.

Outro aspecto do princípio constitucional da máxima igualdade entre os candidatos é a exigência da absoluta neutralidade dos poderes públicos na campanha eleitoral. No caso do poder político, seu uso já configura abusivo, pois se trata de fator absolutamente irrelevante na disputa eleitoral, que não comporta sequer medidas para compensar a desigualdade entre os candidatos.

(...) O legislador brasileiro, em obediência ao princípio da igualdade na disputa, corolário das exigências democráticas e republicanas do jogo democrático e aos princípios da Administração Pública, adota um conjunto de restrições aos detentores de funções e cargos públicos. Trata-se, na visão de Fávila Ribeiro, “inegavelmente uma decapitação da capacidade governamental, justificada pela necessidade de obstar a utilização do poder público para beneficiar determinado candidato”¹³⁴.

Além de configurar uma afronta ao princípio da igualdade entre os candidatos, o uso abusivo de bens e serviços públicos para favorecimento de algum concorrente também atenta contra os princípios constitucionais da Administração Pública, mais precisamente aos da impessoalidade¹³⁵ e da moralidade¹³⁶.

Diante da gravidade de tais condutas, o Código Eleitoral, em seu art. 346, criminalizou o uso indevido de recursos administrativos para fins eleitorais, por meio da seguinte redação: “Art. 346. Violar o disposto no Art. 377: Pena - detenção até seis meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa. Parágrafo único. Incorrerão na pena, além da autoridade responsável, os servidores que prestarem serviços e os candidatos, membros ou diretores de partido que derem causa à infração”.

Como se percebe, o delito em comento é um exemplo clássico de norma penal em branco em sentido impróprio ou amplo¹³⁷, uma vez que seu complemento

¹³⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Op. cit, p. 218-219.

¹³⁵ Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o princípio da impessoalidade pode ser conceituado da seguinte maneira: “(...) o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 64.

¹³⁶ Ainda segundo a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, entende-se que o princípio da moralidade estaria relacionado com a ideia de desvio de poder: “Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente. (...) Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou na intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral”. In: *Idem*, p. 78

¹³⁷ Conforme a lição de Luiz Regis Prado: “As leis penais em branco – tipos penais em branco, para Mezger – classificam-se tradicionalmente em próprias e impróprias. As primeiras, leis penais em branco em sentido estrito, são aquelas em que o complemento se acha contido em outra disposição

se encontra no art. 377 do Código Eleitoral, que assim dispõe: “Art. 377. O serviço de qualquer repartição, federal, estadual, municipal, autarquia, fundação do Estado, sociedade de economia mista, entidade mantida ou subvencionada pelo poder público, ou que realiza contrato com este, inclusive o respectivo prédio e suas dependências não poderá ser utilizado para beneficiar partido ou organização de caráter político. Parágrafo único. O disposto neste artigo será tornado efetivo, a qualquer tempo, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral, conforme o âmbito nacional, regional ou municipal do órgão infrator mediante representação fundamentada partidário, ou de qualquer eleitor”.

Através de uma rápida leitura dos dispositivos, percebe-se que a norma penal¹³⁸ em comento fere frontalmente às exigências do princípio da legalidade¹³⁹, pois não estão descritos com clareza todos os elementos do tipo penal: quem realmente é o sujeito passivo de tal crime? O parágrafo único do art. 346 traz um rol de pessoas que podem ser autores da infração, mas dentro do conceito de servidores encontram-se somente os servidores estatutários ou também os empregados públicos? Acerca do serviço tutelado, a vedação ao seu desvio diz respeito somente à prestação material por parte do órgão da Administração Pública, ou serviço público prestado propriamente dito, ou também aos seus bens, como veículos, papéis, rede de computadores, etc.?

legal emanada de outra instância legislativa (grau legislativo inferior – ex: art.2º, VI, da Lei 1521/1951); nas segundas, leis penais em branco em sentido amplo – ex: art. 237, CP, o complemento se acha contido na mesma lei ou em outra lei em sentido formal, emanada da mesma instância legislativa (grau legislativo equivalente). In: PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146-147.

¹³⁸ Destaca-se que a imprecisão desta conduta só ocorre na seara criminal. Nos âmbitos administrativo e político, há extensa disciplina legal sobre o uso de recursos públicos para beneficiar candidato ou partido. Para tanto, basta observar o art. 73 da Lei 9504/97, o qual, em seus sete incisos, prevê diversas condutas que caracterizam desvio no uso de bens e serviços públicos, tais como a cessão ou uso de bens móveis e imóveis da administração pública em prol de candidato ou partido, ou a remoção, promoção ou nomeação de servidor público, dentro dos três meses anteriores à eleição. Ademais, os parágrafos deste dispositivo preveem penas de multa no valor de cinco a cem mil UFIR, a cassação do registro e diploma, bem como a caracterização de tais condutas como atos de improbidade administrativa.

¹³⁹ Acerca das exigências do princípio da legalidade, bem como os meios mais utilizados para contorná-las, basilar a lição de Paulo César Busato: “A exigência de *lex certa* implica que todas as leis penais devem ser formuladas da maneira mais clara, inequívoca e exaustiva possível, a fim de que se deem a conhecer por inteiro seus destinatários: o cidadão e o juiz. (...)A segurança jurídica que implica a exigência de *lex certa* entra em crise com o chamado moderno Direito Penal. A tendência do legislador moderno é expressar-se de forma pouco clara. A ambigüidade e a imprecisão são, cada vez mais, características de muitos preceitos penais. As leis indeterminadas, por exemplo, permitem uma ampla margem criativa do juiz, já que se formulam com conceitos vagos ou porosos, com termos que requerem um alto grau de valoração”. In: BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 48-49.

Superando grande parte destas lacunas, o art. 338 do anteprojeto criminalizou o uso eleitoral de recursos administrativos da seguinte forma: “Utilizar indevidamente local, verbas, aparelhos, instrumentos, máquinas, materiais, serviços ou pessoal da Administração Pública direta ou indireta, inclusive concessionárias e permissionárias de serviços públicos, com o objetivo de beneficiar partido, coligação ou candidato: Pena – prisão, de dois a cinco anos. Parágrafo único. A pena será aumentada de um terço até metade se o agente for detentor de mandato eletivo, exercer função de chefia ou direção de órgão público ou cargo de direção partidária”.

Percebe-se que o novo preceito sancionador é muito mais claro em delimitar o objeto tutelado, bem como por quais meios é possível a deturpação dos recursos administrativos. Além disso, é de se elogiar a atualização das hipóteses de incidência da norma, uma vez que agora também podem ser sujeitos passivos os bens e serviços de permissionárias e concessionárias de serviços públicos. Outro ponto que também merece destaque, pelo menos por parte da doutrina¹⁴⁰, foi o aumento da pena prevista para tal conduta, levando-se em consideração o bem jurídico tutelado pelo tipo penal: a moralidade administrativa¹⁴¹.

Entretanto, em que pese os avanços advindos com a nova redação, houve alguns retrocessos em relação a tal previsão legislativa. O parágrafo único do art. 346 do Código Eleitoral expressamente responsabiliza a autoridade responsável, os servidores que prestarem serviços e os candidatos, membros ou diretores de partido que derem causa à infração. Nenhuma referência aos sujeitos ativos foi feita, logo é de se questionar se o crime em questão continua sendo próprio e plurissubjetivo, como advoga parte da doutrina¹⁴². Se a norma penal busca evitar o abuso de poder

¹⁴⁰ “A pena prevista para o delito é de detenção até 6 (seis) meses e pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias-multa. Percebe-se que as penas previstas são cumulativas, de sorte que, em princípio, ambas poderão ser aplicadas, segundo os critérios de individualização da pena. Aliás, a pena prevista na norma não condiz com a gravidade do delito, que resulta do concerto de vontades para lograr a concessão e obtenção de benefício escuso e imoral, em verdadeira corrupção bilateral, envolvendo, lamentavelmente, representantes do próprio Poder Público”. In: STOCO, Rui; STOCO, Leonardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 981.

¹⁴¹ GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁴² Para José Jairo Gomes: “O delito é próprio, só podendo ser cometido pela ‘autoridade responsável’ pelo serviço, bem como pelos ‘servidores que prestarem serviços e os candidatos, membros ou diretores de partido que derem causa à infração’. Trata-se de crime plurissubjetivo, pois sua configuração requer a presença de mais de um agente. No caso, há concurso necessário (com condutas convergentes) entre: i) a autoridade que permitir o uso do serviço dos respectivos bens públicos; ii) os servidores que prestarem os serviços; iii) os beneficiários da cessão irregular, a saber: candidatos, membros e diretores do partido”. In: GOMES, José Jairo. *Op. cit.*, p. 178.

político¹⁴³ nas eleições, parece evidente que devem ser punidos tanto a autoridade que autorizou o uso deturpado do recurso administrativo, bem como os servidores que auxiliaram no desvio, além dos beneficiários de tal conduta, seja o candidato, sejam os membros e diretores do partido.

Outro importante destaque que pode ser feito é que para a consumação do delito em comento não é exigível que a utilização dos recursos administrativos gere algum prejuízo à Administração Pública, basta o mero uso impróprio de bens e serviços públicos, uma vez que o bem jurídico tutelado, de maneira mediata, é a moralidade administrativa¹⁴⁴.

¹⁴³ O abuso do poder político é conceituado por José Jairo Gomes como os atos da Administração Pública que são destinados a favorecer determinado candidato, sendo que estes podem ser concretizados pelos mais diferentes meios: “No Brasil, é público e notório que agentes públicos se valem de suas posições para beneficiar candidaturas. Desde sua fundação, sempre houve intenso uso da máquina administrativa estatal: ora são as incessantes (e por vezes inúteis) propagandas institucionais (cujo real sentido é, quase sempre, promover o agente político), ora são as obras públicas sempre intensificadas em anos eleitorais e suas monótonas cerimônias de inauguração, ora são os acordos e as trocas de favores impublicáveis, mas sempre envolvendo o apoio da Administração Pública, ora é o aparelho do Estado desviado de sua finalidade precípua e posto a serviço de um fim pessoal, ora são oportunistas transferências de recursos de um a outros entes federados”. In: GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 262.

¹⁴⁴ Compartilha deste entendimento Suzana de Camargo Gomes: “A ação de beneficiar partido ou organização política não precisa resultar em prejuízo econômico ou financeiro ao ente público para que se tenha a caracterização do delito em apreço, dado que a repressão penal, na hipótese, repousa na necessidade não só de se velar pelo patrimônio público, no sentido, portanto, de que não venha a ser dilapidado, utilizado de forma a causar despesas que não lhe são próprias, mas também para que não venha a ocorrer qualquer desvio de finalidade no exercício das atividades administrativas”. In: GOMES, Suzana de Camargo. *Op. cit.*, p. 124.

6 DAS MISSÕES DO DIREITO PENAL

Feita esta breve análise dos crimes eleitorais previstos no anteprojeto do Código Penal, passa-se para a análise das funções e missões do Direito Penal, a fim de se determinar se os delitos supra-examinados refletem os anseios e princípios reitores da ciência criminal.

Antes, importante destacar que os termos “função” e “missão”, amplamente utilizados como sinônimos, são extremamente distintos dentro de um contexto sociológico. Nas palavras de Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde:

(...) En el lenguaje jurídico tradicional se entiende por “función” las consecuencias queridas de una cosa, equiparándose a “meta” o “misión”. En el lenguaje sociológico se entiende, en cambio, por función la suma de las consecuencias objetivas de una cosa. Esta segunda acepción del término debería también ser empleada en el Derecho penal para denominar las consecuencias (accesorias) no deseadas pero reales del sistema (las repercusiones económicas y afectivas que la pena privativa de libertad tiene para la familia del recluso puede ser un buen ejemplo de esto), mientras que deberían utilizarse los términos de “misión”, “fines”, o “metas” para denominar las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema. En este sentido diferenciamos aquí entre “función” y “misión”¹⁴⁵.

Assim, no presente trabalho empregar-se-á o termo “missão” somente em relação às consequências desejadas e buscadas pelo sistema penal, por outro lado, o termo “função” será entendido como os efeitos práticos, reais, ainda que não queridos pelo direito penal.

Durante a evolução do direito penal, três missões foram atribuídas ao sistema penal¹⁴⁶, quais sejam: o reforço de valores ético-sociais da atitude interna; a confirmação do reconhecimento normativo e a proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

A primeira missão foi defendida por Hans Welzel em sua obra, na qual sustenta que, além da proteção dos bens jurídicos mais relevantes socialmente, o direito criminal deveria ter como objetivo a conservação e introjeção de determinados valores sociais para a manutenção da vida em sociedade, ou seja, destarte sua missão de salvaguarda de bens jurídicos, o direito penal apresentaria

¹⁴⁵ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 99.

¹⁴⁶ Neste sentido, consultar: BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 37-43.

uma função pedagógica, sendo-lhe incumbido o dever de influenciar a consciência dos indivíduos para a vida em sociedade. Nas palavras do renomado penalista:

Es misión del derecho penal amparar los valores elementares de la vida de la comunidad.

(...) Ambas clases de valores tienen significación para el derecho penal. El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), determinando para su lesión consecuencias jurídicas (el disvalor del resultado). Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. Con ello asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos, tales como el respeto por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc.

(...) La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano¹⁴⁷.

Diante do exposto, claro está que para Hans Welzel o direito penal tem como missão o reforço de valores ético-sociais da atitude interna, contudo tal objetivo não pode ser aceito sem maiores ressalvas. Quem pode estabelecer quais valores sociais devem ser preservados? Ora, permitir que isto seja atribuição dos governantes pode levar a sociedade ao cometimento dos mais diversos atentados contra a liberdade individual, vide a perseguição nazista contra os judeus. Ademais, como destaca Paulo César Busato, o direito penal deve ser empregado como a *ultima ratio* na resolução dos conflitos sociais, não sendo apropriado atribuir-lhe uma função pedagógica, “(...) já que essa função compete a outras esferas do controle social, como a família, a escola, o âmbito religioso, clubístico, político, etc.”¹⁴⁸.

Já para os apoiadores da teoria sistêmica, a missão precípua do direito penal seria a confirmação do reconhecimento normativo, ou seja, o objetivo do sistema penal seria a manutenção do ordenamento jurídico vigente, devendo responder com pena criminal toda conduta que desrespeitasse as normas jurídicas correntes. Diante disso, as leis seriam autorreferentes, pois se utilizariam de todo aparelho persecutório estatal para ressaltar a sua vigência, sendo que indiretamente

¹⁴⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 01-03. Tradução de Carlos Fontán Balestra.

¹⁴⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal, parte geral**, p. 12.

seriam protegidos determinados bens jurídicos. Tal posicionamento é sintetizado pela lição de Günther Jakobs:

El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas – especialmente las jurídico-constitucionales.

La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en practica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico penal¹⁴⁹.

Contudo, mesmo que a aplicação da lei penal enseje a confirmação da norma, não é possível entender que a missão principal do direito penal seja a manutenção do ordenamento jurídico vigente. Primeiramente, em razão da extrema artificialidade e despersonalização do direito penal, uma vez que o núcleo de proteção deixaria de ser os direitos mais elementares do indivíduo, passando-se a tutelar meramente o texto legal, que muitas vezes pode ser arbitrário e opressor às liberdades públicas, algo inaceitável numa sociedade democrática. Tais críticas são melhores sintetizadas por Paulo César Busato:

(...) Uma proposta como essa converte a norma no verdadeiro eixo gravitacional do Direito penal. Desloca-se o homem, destinatário da norma, para uma posição periférica no sistema de imputação. Ocorre que o centro do Direito penal deve ser justamente o indivíduo e não a norma, como pretende Jakobs.

(...) fica claro que a perspectiva adotada por Jakobs implica reduzir e igualar o desvalor de todas as formas de delito, sublimando a questão comparativa que a valoração de bens jurídicos permite. Com isto, resulta praticamente impossível a sustentação do postulado de proporcionalidade.

Além disso, há outra crítica que frequentemente se lança contra a tese do professor Jakobs. É que se o objetivo central do Direito penal é estabilizar a vigência da norma, independentemente da valoração do seu conteúdo, mesmo as normas mais antidemocráticas merecem igual sustentação.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal, parte general**. Madrid: Marcel Pons, 1995, p. 44-45. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo.

Certamente, adotada essa perspectiva, é possível justificar a atuação de qualquer tipo de sistema estatal¹⁵⁰.

Feitas tais ponderações acerca da pretensão da estabilidade normativa por meio do Direito Penal, mais consentânea com os postulados de justiça e proporcionalidade parece ser a missão que atribuí ao direito penal a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Para tal concepção, a fim do sistema penal seria a preservação dos bens jurídicos mais elementares às pessoas, possibilitando a vida social. Expressam tal posição os professores Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde:

Según esta tesis, es suficiente con que el Derecho penal proteja “bienes vitales”, como la vida, la libertad, la salud, la propiedad o la seguridad en el tráfico; bienes, por tanto, “que son indispensables para la convivencia humana en sociedad y que, por eso mismo, deben ser protegidos por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública”.¹⁵¹

A opção por tal missão, em que pese suas fundadas críticas, como a vagueza do termo bem jurídico¹⁵², justifica-se principalmente em razão das consequências práticas que tal teoria traz à práxis forense. Assumindo que o fim do direito penal seja a preservação dos bens jurídicos mais relevantes aproxima-o da política criminal, impondo ao legislador limites na criminalização de condutas, eis que este só está legitimado a proibir ações que atentem ao núcleo dos direitos mais fundamentais ao cidadão. Não é outro o entendimento de Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer:

¹⁵⁰ BUSATO, Paulo César. *Idem*, p. 13-14.

¹⁵¹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 103.

¹⁵² Sobre este ponto, importante e lição de Paulo César Busato: “A oposição mais comum que se faz a essa concepção é sua falta de clareza, já que o próprio conceito de bem jurídico é algo demasiado fluido e foi mudando no decorrer da história do Direito. O conceito de proteção de bens jurídicos em direito penal aparece já nos primeiros textos de teoria do delito de mais de dois séculos atrás. Porém, hoje em dia, a concepção de bem jurídico então defendida já não tem cabimento. Enquanto o Direito penal d’antanho se ocupava da proteção da vida, do patrimônio, da honra e pouca mais, o Moderno Direito penal tem como tarefa ocupar-se da proteção de bens jurídicos que não só encontram correspondência com um objeto material corpóreo, como às vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações de consumo, o mercado de capitais ou a economia popular. Desse modo, a dependência de um conceito de bem jurídico que não é muito preciso leva a uma instabilidade da proposta. Se não se sabe precisamente que característica deve ter o bem jurídico para ser reconhecido como digno de proteção penal, dizer que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos não significa dizer muito”. In: BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*, p. 15.

(...) la determinación de la misión del Derecho penal con ayuda del concepto de bien jurídico – un ensayo que tiene sus raíces en la Ilustración –, ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar sus decisiones y, al mismo tiempo, un criterio externo de comprobación de la justicia de esas decisiones. Este criterio, al mismo tiempo que utilizable, debe ser fácilmente aprehensible a fin de evitar que el legislador pueda amenazar con una pena todo “lo que, en su opinión, deba ser mantenido intacto y sin alteración alguna”. La idea del bien jurídico conduce, por tanto, a una Política criminal racional: el legislador penal debe medir sus decisiones con criterios justos y claros, utilizándolos al mismo tiempo para su justificación y crítica. Todo aquello que nada tenga que ver con la protección de los bienes jurídicos debe ser excluido del ámbito del Derecho Penal.¹⁵³

Portanto, em razão desta missão consistir em um limite ao direito penal¹⁵⁴, outorgando-lhe a persecução criminal somente das condutas criminosas atentatórias aos principais bens jurídicos da sociedade, além de conferir um caráter de proporcionalidade ao legislador, que não deve criminalizar quaisquer práticas que considerar inadequadas, mas unicamente àquelas que porventura agridam aos direitos fundamentais do cidadão, é que se opta por tal postura, a qual será empregada como filtro hermenêutico para a análise dos crimes eleitorais que estavam previstos no anteprojeto do Código Penal.

¹⁵³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 105.

¹⁵⁴ É justamente neste contexto que se constata a fragmentariedade do direito penal, pois somente é lícita a atuação do aparelho estatal para reprimir as condutas que efetivamente agridam aos bens jurídicos considerados mais relevantes para a sociedade. A fragmentariedade é uma das características do princípio da intervenção mínima, que juntamente aos princípios da legalidade e da culpabilidade, representam os principais limites ao direito penal. Nesse sentido, a lição de Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya: “Destas ideias parte o desenvolvimento do princípio da intervenção mínima, que se expressa sob distintas formas dentro do Direito penal. Convém destacar os pontos-chave que estabelecem limitações ao *ius puniendi* através do princípio da intervenção mínima: princípio da fragmentariedade e princípio da subsidiariedade. (...) Que o direito penal não intervenha de modo indistinto, é dizer, sua reserva para as hipóteses excepcionais é justamente a expressão de sua força. Muito direito penal equivale a nenhum. (...) Em primeiro lugar, a identificação do bem jurídico como referência da antijuridicidade material constitui um limite à atividade repressora do Estado. O Direito penal, conforme já vimos, se ocupa da proteção de bens jurídicos e limita sua intervenção a supostos onde há um dano ou risco de dano a um bem jurídico”. In: BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Op. cit.*, p. 183.

7 ANÁLISE DOS BENS JURÍDICOS DOS CRIMES PREVISTOS NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL

Posto isto, cumpre analisar se as condutas tipificadas no anteprojeto do Código Penal relativas ao processo eleitoral tutelam relevantes valores sociais, refletindo conseqüentemente, os princípios que regem o direito penal, tais como o da intervenção mínima.

Não há dúvidas de que o processo eleitoral é de extrema relevância para a democracia, pois somente com a realização de eleições justas e legítimas é possível atribuir aos nossos governantes o *munus* público da representação política. A legitimidade política depende de eleições válidas, que sigam todas as normas eleitorais. Corrobora tal posição Marcus Vinicius Furtado Coêlho:

A legitimidade política baseia-se no convencimento social de que o governante ascendeu validamente ao poder e que o exerce adequadamente respeitando todas as normas. Esta aceitação social é corroborada no processo eleitoral, uma representação da vontade política do povo.

(...) Antigamente, o poder era garantido, a ordem mantida e a dominação consentida através dos mitos, de deuses e profetas. No mundo atual, os mitos são povo, representação e maioria. Nesta tríade está a garantia da ordem estabelecida. O Direito Eleitoral possui a função de regulamentar o método ou o procedimento democrático de legitimação do poder político. “Falhando o direito eleitoral, falha o procedimento legitimador, esmorecem os canais de comunicação entre a ação do Estado e a vontade popular, aparecem as ‘crises políticas’. Bem elaborado o direito eleitoral e suas instituições, serão mais estreitas as distâncias que separam o poder da massa dos cidadãos”, explica Clémerson Cléve.

O voto livre, possibilitado pelo método democrático, é *conditio sine qua non* para a legitimação do exercício do poder, transformando o povo em sujeito de sua própria história.¹⁵⁵

Portanto, irrefutável a importância do processo eleitoral ao cidadão, pois somente com a observância de todas as regras que o regem é possível que um governo seja legítimo. Assim, natural que determinadas condutas contra o processo eleitoral sejam criminalizadas, sob pena de severos danos à democracia e à representatividade popular, contudo, como já destacado anteriormente, nem todas as ações devem ser punidas no âmbito penal, mas somente aquelas que lesionem ou exponham a perigo um bem jurídico de grande relevância.

A atual legislação penal-eleitoral é extremamente defasada, apresentando penas por demais brandas às condutas de extrema periculosidade ao processo

¹⁵⁵ CÔELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Op. cit.*, p. 17-19.

eleitoral, por outro lado, criminaliza condutas que não apresentam, ou pouco risco tendem a oferecer às eleições.

Tamanho descompasso com a realidade foi percebido pelo legislador, que num primeiro momento discute a total alteração das regras eleitorais, por meio da Comissão de Juristas incumbida de elaborar o anteprojeto do novo Código Eleitoral. Entretanto, diante da inexistência de qualquer texto provisório, a proposta de alteração mais relevante que diz respeito à atualização dos crimes eleitorais encontra-se no anteprojeto do Código Penal.

Em seus quatorze artigos referentes aos crimes eleitorais, o legislador do anteprojeto criminalizou as seguintes condutas: inscrição fraudulenta de eleitor; retenção indevida de título eleitoral; divulgação de fatos inverídicos na propaganda eleitoral; inutilização de propaganda eleitoral; falsa identidade eleitoral; violação do sigilo do voto ou da urna; destruição de urna eleitoral; interferência na urna eletrônica ou sistema de dados; falsificação de resultado; corrupção eleitoral ativa; corrupção eleitoral passiva; coação eleitoral; e uso eleitoral de recursos administrativos.

Em que pese os defeitos já apontados em cada uma destas ações, inegável que estas possuem influência direta no pleito eleitoral, possuindo, portanto, potencialidade lesiva para macular todo o processo eleitoral. Vide, por exemplo, os crimes tipificados nos arts. 328 e 329 do anteprojeto, respectivamente a divulgação de fatos inverídicos e a destruição de propaganda eleitoral. Ora, tais condutas estão relacionadas umbilicalmente com a escolha do eleitor, logo, tais práticas podem deturpar a escolha política feita pelo cidadão.

Por outro lado, a inscrição fraudulenta de eleitor e a falsa identidade eleitoral são condutas que atingem diretamente a formação do corpo eleitoral, o que pode abrir margem a diversas fraudes, como, por exemplo, o fato de eleitores votarem mais de uma vez ou fora de sua seção eleitoral, o que compromete a veracidade do escrutínio.

Ainda, os crimes de violação do sigilo do voto ou de urna, destruição de urna eleitoral, a falsificação do resultado e interferência na urna eletrônica ou sistema de dados interferem diretamente na apuração dos resultados das eleições, comprometendo todo o processo democrático, sendo de rigor, portanto, a criminalização de tais práticas.

Por seu turno, o uso indevido de recursos administrativos para fins eleitorais é uma prática corriqueira em nossas eleições, a qual evidencia um abuso de poder tanto político, quanto econômico, a qual atenta contra à isonomia dos concorrentes e à moralidade administrativa.

Por fim, mas não menos importantes são os crimes de corrupção eleitoral, tanto ativa, quanto passiva, e de coação eleitoral. Tais práticas fazem parte de nossa história eleitoral e que agredem diretamente a liberdade de sufrágio, pois impedem que o eleitor possa votar conscientemente no candidato de sua preferência.

A única conduta que talvez não devesse mais ser criminalizada é a retenção indevida de título eleitoral, em razão da prescindibilidade de tal documento para o exercício do voto, o que não lhe retira, evidentemente, o caráter ilícito, podendo ser tal prática reprimida em outras esferas judiciais.

Feita esta breve análise sobre os bens jurídicos tutelados nas normas penais do anteprojeto, percebe-se que estes observam a missão precípua do direito penal, qual seja, a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, uma vez que as condutas proibidas atingem diretamente todo o processo eleitoral, bem como a democracia. Portanto, mesmo com as diversas incongruências do anteprojeto do Código Penal, neste ponto o legislador foi coerente, pois tratou de punir delitos que efetivamente ferem as eleições, não meras irregularidades.

8 CONCLUSÃO

A liberdade política e a liberdade de escolha são pressupostos básicos de um Estado democrático de direito, uma vez que, “o direito ao voto é expressão autêntica de soberania popular, que decorre do desdobramento dos princípios democrático e republicano¹⁵⁶”. A consolidação da liberdade política pode ser vista, portanto, como um dos pressupostos para a construção de uma sociedade mais justa. A obra de Amartya Sen expõe de maneira ímpar a estrita relação de justiça e liberdade:

Qualquer teoria substantiva da ética e da filosofia política, em particular qualquer teoria da justiça, tem de escolher um foco informacional, ou seja, tem de decidir em quais características do mundo deve se concentrar para julgar uma sociedade e avaliar a justiça e a injustiça. (...) Em contraste com as linhas de pensamento baseadas na utilidade ou nos recursos, na abordagem das capacidades a vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa para fazer coisas que ela tem razão para valorizar. Com relação às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco aqui é a liberdade de que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. Obviamente, é muito importante para nós sermos capazes de realizar as coisas que mais valorizamos. **Mas a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. O conceito de capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade**, visto com relação a oportunidades abrangentes, e não apenas se concentrando no que aconteça na culminação¹⁵⁷. (grifos nossos)

Em consideração a tudo que foi exposto, inegável que o processo eleitoral carece de proteção penal, pois este possui estrita relação com a escolha de nossos representantes e com os rumos tomados por nossa democracia. Os malefícios advindos com a prática de tais condutas criminosas superam, em muito, a esfera pessoal do eleitor ou do candidato, mas atingem todo o corpo social. A benevolência e a ausência de previsão penal para determinadas condutas que atentam contra o processo eleitoral somente reforçam as desigualdades existentes entre os diversos setores sociais, pois diversas minorias não se encontram representadas na política.

¹⁵⁶ PONTE, Antônio Carlos da. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁵⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 265-266.

Diante desse quadro problemático, impõe-se uma resposta enérgica do Estado e da sociedade civil para extirpar tais práticas do nosso processo democrático, a fim de que uma plena democracia, pautada na liberdade de escolha, possa ser construída. Uma das vias possíveis para tal fim é a tipificação de condutas que atentem contra a lisura das votações.

O primeiro passo foi dado pelo legislador ao tipificar essas quatorze condutas no anteprojeto do Código Penal, as quais atingem o coração do processo eleitoral, contudo, muitas ações não foram previstas, tal como o famigerado “caixa dois”. Imperioso, portanto, um maior debate acerca dos crimes eleitorais, o que se espera que ocorra no anteprojeto do novo Código Eleitoral.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Luiz Henrique Nunes. **Raízes e fundamentos de uma teoria de troca política assimétrica/clientelística**. Rio de Janeiro, 1997, 354 f. Tese (Doutorado em Ciência Humanas: Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. In: ANDRICH, Mara Guimarães. **O clientelismo hoje: um estudo de caso na Câmara de Vereadores de Curitiba**. Curitiba, 2004, 36 f. Monografia (Especialização em Sociologia Política: Ciências Políticas) – Universidade Federal do Paraná.

BEM, Leonardo Schmitt de; CUNHA, Mariana Garcia. **Direito Penal eleitoral: análise constitucional dos delitos eleitorais. Comentários à Lei da Ficha Limpa**. 2.ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 4737/65. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm. Acesso em: 22 de abril de 2015.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Institui o Anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/PSL-236.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**, parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 14.ed. Bauru: Edipro, 2010.

CARVALHO, José Murilo. **Mandonismo, coronelismo e clientelismo: uma discussão conceitual**. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00112581997000200003.

Acesso: 12 de outubro de 2015.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito Político**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes eleitorais e seu processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Tito. **Crimes eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, parte geral**, tomo I – questões fundamentais e doutrina geral do crime. 2.ed. Coimbra Editora, 2012.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, parte geral**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito eleitoral**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Causas excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e Processo Penal Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alli*. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95**. 4.ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUEDES, Néviton. **Dos direitos políticos**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva/ Almedina, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal, parte general**. Madrid: Marcel Pons, 1995. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo.

LEÃO, Michele. **Lei Saraiva (1881): o analfabetismo é um problema nacional**. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/929/48>. Acesso em: 11 de janeiro de 2015.

LENARDÃO, Elcio. **Gênese do clientelismo na organização política brasileira**. Disponível em: http://www.pucsp.br/neils/downloads/v11_12_elsio.pdf. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

MADRUGA, Sidney Pessoa. **Propaganda eleitoral, espécies: propaganda antecipada e propaganda na internet**. In: **Temas de direito eleitoral no século XXI**. André de Carvalho Ramos (coord.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes eleitorais: Código Eleitoral, Lei das Eleições e Lei das Inelegibilidades (Lei da Ficha Limpa)**. São Paulo: Atlas, 2012.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. **Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual**. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%20EDtico%20e%20terrorismo.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 13.ed. Niterói: Impetus, 2012.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal, parte geral**. 2.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SEGATTO, José Antônio. **Cidadania e política**. In: Perspectivas – Revista de Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista, v. 22, 1999. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/2094>. Acesso em 12 de outubro de 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Alessandro Garcia. **Tutela penal eleitoral: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SPECK, Bruno Wilhelm. **A compra de votos: uma aproximação empírica**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-2762003000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

STOCO, Rui; STOCO, Leonardo de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada, doutrina e jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de direito penal informático**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, 2001.

WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. Tradução de Carlos Fontán Balestra.

ZILIO, Jacson Luiz. **Metodologia e orientação do anteprojeto de Código Penal Brasileiro**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 239, out., 2012.